

CA1
J720
- L26

Government
Publications



3 1761 11765940 9



CANADIAN
HUMAN
RIGHTS
COMMISSION

Legal Report 1998



Canadian Human Rights Commission
344 Slater Street, 8th Floor
Ottawa, Ontario, K1A 1E1
Telephone: (613) 995-1151
Toll Free: 1-888-214-1090
TTY: 1-888-643-3304
Fax: (613) 996-9661

Electronic mail: info.com@chrc-ccdp.ca


The 1998 Legal Report is a companion publication to the Canadian Human Rights Commission's Annual Report. The Legal Report provides information on significant human rights decisions rendered by tribunals and the courts in Canada in 1998.

This publication is available as a sound recording, in large print, in braille, and on computer diskette to ensure it is accessible to people who are visually impaired. It is also available on the Commission's web site at
<http://www.chrc-ccdp.ca>

L E G A L
R E P O R T
1 9 9 8

TABLE OF CONTENTS

Introduction	1
Aspects of Equality	2
Resolution of Complaints	8
<i>Race, Colour, National or Ethnic Origin</i>	8
<i>Age</i>	12
<i>Sex</i>	13
<i>Pay Equity</i>	15
<i>Marital and Family Status</i>	22
<i>Disability</i>	23
<i>Sexual Orientation</i>	29
<i>Hate Messages</i>	30
Jurisdictional and Procedural Questions	32
Table of Cases	36



Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117659409>

Introduction

No citizen's right can be greater than that of the least protected group.

Frank R. Scott
Professor of Constitutional Law
McGill University, 1946

Human rights laws should be measured against a simple standard: do they offer realistic and effective protection to the individuals and groups in society who are most vulnerable and least able to protect themselves? From this perspective, 1998 can be viewed as a year in which some important steps were taken in Canadian equality law.

The most significant change at the federal level was the passage of the long-awaited amendments to the Canadian Human Rights Act. These changes add an express mention of the duty to accommodate special needs, create a new, smaller, more permanent and independent Canadian Human Rights Tribunal, and increase the limit on damages for pain and suffering.

The creation of the new Tribunal also clears up the cloud of uncertainty over the hearing system created by a decision of the Federal Court, which had ruled that the former system was not sufficiently independent and impartial. This decision called into doubt many long-

running hearings and could have delayed new ones, but by the year's end much of this uncertainty had been resolved.

The year also charted some important delineations of legal protection, after long and difficult struggles. The decision of the human rights tribunal in the federal public service pay equity case sets out the building blocks for an effective application of that principle in federal workplaces. Drug testing is now clearly against federal law, according to the Federal Court of Appeal in the *Toronto-Dominion Bank* case, especially if it is performed randomly and targets a select group of employees. And guidance on the duty to accommodate employees with learning disabilities is provided in clear terms in the *Green* case. All of these decisions help to fill in gaps in federal human rights law, and extend the previous case law on human rights into key new areas.

At a national level, perhaps the most significant event was the decision of the Supreme Court of Canada in *Vriend v. Alberta*. Although the narrow focus of the decision is on sexual orientation, it also sends a strong signal to all vulnerable minorities that their rights will be protected, if not by legislatures and governments, then by the Courts as a last resort.

The Supreme Court decision in *Vriend* emphasizes the continuing truth of the words of Frank Scott, quoted above — that no one's rights are safe unless everyone's rights are protected. These may seem like easy platitudes to utter on the fiftieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights and the twentieth anniversary of the Canadian Human Rights Commission. But if human rights law is to have any meaning or importance at all, then these sentiments must also guide our decision-makers when a minority comes forward to seek protection in the face of real rights violations. That is what *Vriend* is all about, and it should hearten us all to know that we live in a society in which "human rights" are not just empty words — in which they have real meaning when they are most needed.

Aspects of Equality

A seven-year campaign to include sexual orientation on the list of prohibited grounds of discrimination in Alberta's human rights legislation ended with a unanimous verdict in the case of *Vriend v. Alberta* in 1998. The Supreme Court held that the omission of sexual orientation in the Individual's Rights Protection Act, or IRPA, was an unjustified violation of the equality provisions of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. It also marked the first time that the Court has amended legislation by reading into law new rights that elected politicians had expressly refused to grant.

Delwin Vriend was employed as a laboratory coordinator by a Christian college in Alberta. Throughout his term of employment he received positive evaluations, salary increases and promotions for his work performance. In

1990, in response to an inquiry by the President of the College, Mr. Vriend disclosed that he was homosexual. In 1991, the college's board of governors adopted a position statement that homosexuality was "contrary to the college's Statement of Faith and inconsistent with its mission." Shortly thereafter, the President of the College asked for a letter of resignation from Mr. Vriend. When he refused to resign, his employment was terminated, and the sole reason given was his non-compliance with the college's policy on homosexual practice. When Mr. Vriend attempted to file a complaint with the Alberta Human Rights Commission, he was turned away because the Commission's governing legislation did not ban discrimination based on sexual orientation. A trial judge ruled in Mr. Vriend's favour, finding that the statute's omission of sexual orientation offended the Charter's equality provisions, but the Alberta Court of Appeal overturned this decision.

The Supreme Court held that the Charter guaranteed gay men and lesbians protection from discrimination. The majority decision was jointly written by Mr. Justice Peter Cory and Mr. Justice Frank Iacobucci. Justice Cory addressed the issues of the application of the Charter, whether Mr. Vriend had standing, and the breach of the section 15 equality provisions, and Justice Iacobucci dealt with the section 1 analysis, remedy, and disposition.

Justice Cory dismissed the province's theory that silence on the issue of sexual orientation in the IRPA was "neutral," and not therefore an appropriate subject for a section 15 analysis. It was not necessary to find that the disadvantages experienced by a group in society flowed directly from the legislation, in order to determine that it created a potentially

discriminatory distinction, he said. The “silence” of the IRPA was not “neutral.” Gay men and lesbians were treated differently from other disadvantaged groups and from heterosexuals. Other groups received protection from discrimination on the grounds that were likely to be relevant to them, yet the IRPA failed to afford homosexuals protection against the discrimination that was most likely to affect them — namely, discrimination on the basis of their sexual orientation. The exclusion of legislative omissions from a section 15 analysis would enable legislatures to undermine the Charter with ease. Justice Cory concluded that such an interpretation was illogical, unfair, and inconsistent with previous decisions of the Supreme Court, in which the Court had held that discrimination could arise from under-inclusive legislation.

The province had also disputed Mr. Vriend’s standing to challenge the provisions of the Individual’s Rights Protection Act that related to discrimination in housing, goods, or services. The court disagreed, and found that Mr. Vriend had standing to challenge provisions other than the employment sections of the IRPA. As the provisions were similar, and not dependent on unique factual contexts, there was no need to adduce additional evidence regarding each provision. Mr. Vriend had a direct interest in the exclusion of sexual orientation from all forms of discrimination, the Court held. Requiring separate adjudication of each provision wasted judicial resources and would impose delay, expense, and personal vulnerability to discrimination on potential applicants.

The omission of sexual orientation from the IRPA as a protected ground denied homosexuals equal benefit and protection of

the law in two ways: denial of access to the remedial procedures established by the Act, and exclusion from the government’s stated policy against discrimination. With regard to the broader social context, Justice Cory spoke of the dangers of singling out a particular group as less worthy of protection than others. “[T]he very fact that sexual orientation is excluded from the IRPA, which is the Government’s primary statement of policy against discrimination, certainly suggests that discrimination on the ground of sexual orientation is not as serious or as deserving of condemnation as other forms of discrimination. It could well be said that it is tantamount to condoning or even encouraging discrimination against lesbians and gay men. Thus this exclusion clearly gives rise to an effect which constitutes discrimination.”

Having found that the IRPA violated section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, the Court turned to the issue of whether the omission of human rights protection was a reasonable limit on the equality rights of lesbians and gay men, within the meaning of section 1 of the Charter. Justice Iacobucci held that, in the absence of a compelling argument emanating from the legislation itself, governments had to adduce evidence of “pressing and substantial” legislative objectives to justify the Charter infringement. The Attorney General of Alberta failed at the first stage of analysis, offering no evidence to uphold a “pressing and substantial” objective for the omission. No support for the exclusion of sexual orientation as a prohibited ground of discrimination could be found in the IRPA itself, which was intended to promote the equality of all citizens. Even if there were, the omission of sexual orientation was not rationally connected to the goal of the IRPA; it

was antithetical to it. Justice Iacobucci held that it was illogical to argue that the goal of protecting individuals from discrimination could be advanced by the exclusion of a historically disadvantaged group.

Regarding concerns about religious freedom, the Court found that the IRPA contained an internal mechanism for balancing the conflicting demands of religious institutions and the rights of homosexuals. The IRPA provided broad defences to discrimination “where it is reasonable and justifiable in the circumstances,” or alternatively where the discrimination could be linked to a *bona fide* occupational requirement. The Alberta legislature therefore could not excuse the failure to include sexual orientation on the grounds of conflict with the rights of other protected groups.

The Court also responded to the Alberta Court of Appeal’s condemnation of judicial interference in the legislative process. Critics have long maintained that courts should not interfere with the democratic functioning of the legislature; however, the Court was vocal in defending its constitutional role of correcting unfair government action. Justice Iacobucci stressed that the nation explicitly chose to give judges the role of declaring legislation valid or invalid. Courts and legislatures engage in a “dialogue” as they seek to improve legislation, which “has the effect of enhancing the democratic process, not denying it.”

Especially noteworthy is the Court’s rejection of the idea that a court must defer to the legislature because human rights is an evolving area that should be approached incrementally. The Court took the view that it was not acceptable for the disenfranchised to wait for

their equality rights. “In my opinion, groups that have historically been the target of discrimination cannot be expected to wait patiently for the protection of their human dignity and equal rights while governments move towards reform one step at a time. If the infringement of the rights and freedoms of these groups is permitted to persist while governments fail to pursue equality diligently, then the guarantees of the Charter will be reduced to little more than empty words,” Justice Iacobucci wrote.

As noted above, the court read into Alberta’s human rights legislation, now known as the Alberta Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, the term “sexual orientation” rather than striking the Act down altogether. On this point the sole dissenting judge was Mr. Justice John Major. While he agreed that the exclusion of sexual orientation breached the Charter, he was against rewriting the legislation. In his opinion, the Alberta government might prefer to have no legislation at all rather than be forced to include a provision it clearly opposed. The omission of sexual orientation was deliberate, and not the result of an oversight by the Alberta legislature. Under the circumstances, according to Justice Major, the appropriate remedy was to strike down the IRPA but delay the order for one year to allow the Alberta legislature to respond.

Bolstered by the Supreme Court’s decision in *Vriend*, the Ontario Court of Appeal has dismantled another barrier to equal rights for gay men and lesbians in the workplace in *Rosenberg v. Canada (Attorney General)*. In the past, federal income tax rules have served as a stumbling block to equal pension benefits for homosexual employees. The Income Tax Act

permits the registration of a private pension plan with Revenue Canada only if the plan restricts survivor pension benefits to spouses of the opposite sex. If a pension plan provides survivor benefits to same-sex spouses, then it cannot not be registered, or risks being deregistered. Only registered plans receive significant tax benefits. Many employers have refused same-sex coverage, arguing that it is not financially feasible without the large tax deferral advantages that come with the registration of a pension plan.

In a unanimous decision, the Court of Appeal held that the definition of “spouse” under these provisions of the Income Tax Act had to be expanded to include same-sex couples. The ruling came as a result of a court action taken by employees of the Canadian Union of Public Employees, Nancy Rosenberg and Margaret Evans, and by the union itself. CUPE expanded its pension plan in 1992 to extend survivor benefits to the same-sex spouses of its employees. The appellants went to court after Revenue Canada refused to accept the extension, seeking a declaration that the definition of “spouse” in the Income Tax Act, as it applied to the registration of pension plans, was contrary to section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

All the parties agreed that the definition of “spouse” in the Income Tax Act violated the equality provisions of the Charter; therefore, the only issue to be decided by the Court was whether the infringement of the equality rights was a “reasonable and demonstrably justified” limit under section 1 of the Charter.

Writing for the Ontario Court of Appeal, Madam Justice Rosalie Abella held that the Supreme Court decision in *Vriend* had clarified

the analysis required by section 1 of the Charter. The focus of the inquiry must be on the limitation that infringes the equality right, not the objective of the statute. The significance of this distinction is critical, because when the focus is on the objective of the overall legislative scheme, the burden on the government to justify the limitation is significantly lowered. Under the second part of the *R. v. Oakes* test, the government is required to demonstrate that the means chosen to meet the legislative objective are reasonable and proportional to the limitation. “It is easier to justify the means used when measured against a broad and generally desirable social policy objective [of the law],” she wrote. “This, in turn, makes equality infringements easier to justify as subordinate to a more generalized and pressing social interest.” Justice Abella emphasized that this did not make the purpose of the legislation irrelevant, but confined it to “providing a context rather than the focus for the *Oakes* analysis.”

As for the first part of the *Oakes* test, the Court had to decide whether the exclusion of cohabiting gay and lesbian partners of contributing employees from the pension plan had a “pressing and substantial objective.” Since aging and retirement are not unique to heterosexuals, the government’s objective of singling out heterosexual couples for income protection during their elder years was not “pressing or substantial,” the judge held. The fact that survivor pension benefits might originally have been intended to protect the economic rights of women in traditional relationships did not justify excluding homosexuals from the benefit. Survivor benefits were now available to both male and female spouses regardless of need or gender, the judge observed. It is the employee’s

preference and the nature of the relationship that determine whether someone would be a beneficiary. Accordingly, the Court held that the government had not satisfied the onus on it under the first part of the *Oakes* test.

With regard to the second part of the *Oakes* test, whether the means used to satisfy the objective were reasonable, Justice Abella held that it was difficult to see the rational connection between protecting heterosexual spouses from income insecurity on the death of their partners and denying cohabiting gay and lesbian partners the same protection. In each case, the survivors would be partners of former employees who had contributed to the plan, and on this basis should have equal entitlement to the benefits. The sexual orientation of surviving partners was no “more relevant to whether they should be entitled to income protection their partners have paid for, than would be their race, colour or ethnicity.”

Justice Abella rejected the government’s claim that it had a right to address equality issues one step at a time. While elected governments might wait for attitudes to change in order to preserve public confidence and credibility, the courts had to be free to make independent judgments, notwithstanding these same attitudes. She also held that there was no cost justification for the exclusion of same-sex survivor benefits. Cost is not an appropriate justification for denying constitutional rights to equality. Moreover, what evidence there was before the Court on the issue of cost indicated that extending the benefit to homosexuals would actually increase government revenues.

Finally, Justice Abella ruled that the Act’s definition of spouse did not minimally impair the equality rights of homosexuals, and

observed that, “because there is a complete denial of the benefit,” it could not be said that the exclusion of homosexual couples from access to the survivor pension benefit was proportional to the provision’s objective, to assist women who were in traditional conjugal relationships.

In conclusion, Justice Abella held that the government had not proved that the inequality resulting from the restricted definition of “spouse” in the Income Tax Act was reasonable or demonstrably justified. It was therefore unconstitutional. The appropriate remedy was for the words “or same sex” to be read into the definition of “spouse” in the Income Tax Act.

Although the court decision does not force employers to provide survivor pension benefits to the same-sex spouses of its employees, a decision not to do so can now be challenged as discriminatory. As one of several intervenors in the case, the Canadian Human Rights Commission can now confidently pursue a number of complaints, by federal employees denied spousal pension benefits, that had been placed on hold pending a decision in this case. However, the Commission is prevented from inquiring into pension rights pursuant to statutes enacted before 1978. See *Canada (Attorney General) v. Magee*.

On occasion, Charter arguments have been used to defeat the equality rights of complainants. The case of *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)* is one example. In 1995, an allegation of sexual harassment was made against Robin Blencoe, then a Cabinet Minister in the British Columbia government, by an assistant in his office. Subsequently, Mr. Blencoe was removed from Cabinet and eventually from the New

Democratic Party caucus. Later that same year, two other women filed complaints with the British Columbia Human Rights Commission against Mr. Blencoe and the Provincial Crown, alleging sexual harassment contrary to the Human Rights Act. One complainant was an employee in Mr. Blencoe's office, and the other had met Mr. Blencoe in his capacity as Minister for Sport. In both cases, it was alleged that Mr. Blencoe tried to touch and kiss the complainants without their encouragement or consent.

The complaint process began in the spring of 1995. A preliminary issue regarding the timeliness of the complaints was resolved in April 1996 after Mr. Blencoe's lawyer objected to the investigation because the complaints had been filed beyond the time limit. An investigator was appointed in September, and the investigator's final report was completed in May 1997. One of the complaints was referred to a tribunal with hearings scheduled for March 1998. All told, there was a delay of some thirty months between the laying of the complaint and its hearing by a tribunal.

In November 1997, Mr. Blencoe applied for an order prohibiting a hearing of the complaint against him on the basis of undue delay. At issue was whether section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms protected respondents from unreasonable delay in human rights cases. Section 7 prohibits infringements of the right to life, liberty and security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice, and is usually invoked in criminal proceedings. However, a majority of the British Columbia Court of Appeal held that in this particular case Mr. Blencoe had been deprived of his Charter rights, and stayed the proceedings against him.

Writing for the majority, Chief Justice McEachern found a delay of thirty months excessive. "In my view, a delay of over thirty months from the date of the complaints to a hearing on the merits is far too long. If Mr. Blencoe had been charged in the criminal courts with this type of sexual assault, the charge would very likely be dismissed on grounds of delay," he wrote. Given the simplicity of the facts and the seriousness of the allegations, the Commission's lack of resources did not excuse the delay. He stated that "[a]llegations of the kind involved here, having the potential for destroying both the reputation and the social and economic life of a respondent must receive prompt attention. If they do not, the burden of undue delay cannot be imposed only upon the respondent, and a stay of proceedings in many cases is the only proper judicial response."

Chief Justice McEachern noted that Mr. Blencoe had lost his career, money, reputation and peace of mind since the allegations of harassment had surfaced. The Commission argued that the prejudice suffered by Mr. Blencoe was not caused by the human rights proceedings, but rather by the action of the Premier in dismissing him from the Cabinet and the consequent media attention. However, the judge concluded that the excessive delay exacerbated the state of affairs in Mr. Blencoe's case. Relying on the Supreme Court of Canada decision in *Rodriguez v. British Columbia*, he ruled that exacerbation of a state of affairs might trigger section 7 protection of the right to security of the person.

Chief Justice McEachern observed that the law relating to the application of section 7 of the Charter in a non-criminal context was "fraught with considerable difficulty" because

the Supreme Court had yet to rule on this matter. He acknowledged that the cases were divided on this issue. However, in Chief Justice McEachern's view, if complainants in criminal sexual assault cases could assert the protection of section 7, then the respondents in sexual harassment hearings "facing a protracted intrusion into the intimate details of their lives based on as yet unproven charges, must also be extended the same protection. The stigma and general prejudice they face, though not the same, [are] analogous."

After canvassing the relevant case law, he concluded that there were no binding precedents. He decided to follow what he identified as the emerging view in the Supreme Court of Canada, namely, that section 7, "under the rubric of liberty and security of the person operates to protect both the privacy and dignity of citizens against the stigma of undue prolonged humiliation and degradation of the kind suffered by [Mr. Blencoe]." He held that a legal process cannot be open-ended in the sense that human dignity, even for wrongdoers, cannot be compromised for an unduly long time. Having concluded that section 7 applied to this case, Chief Justice McEachern then found that the undue delay and prejudice suffered by Mr. Blencoe were not in accordance with the principles of fundamental justice.

The judge was careful to point out that the criminal law jurisprudence of unreasonable delay could not be applied in all human rights cases. Mr. Blencoe's case was in some ways exceptional. Mr. Blencoe was a public figure whose political career was ruined, and had suffered from depression because of the loss of his reputation, job and savings. The judge observed that the thirty-month delay was

clearly excessive when weighed against the seriousness of the charge and the simplicity of the issue, so that it could not be viewed as reasonable under any test. However, a more refined test for unreasonableness would be required in a borderline case. Allowing the hearings to continue would further deprive Mr. Blencoe of his Charter rights, and the proceedings against him were stayed.

It seems unlikely that human rights cases older than thirty months will be tossed out of backlogged human rights commissions across Canada, but individual respondents now have an opportunity to claim a violation of section 7 of the Charter where an investigation has been delayed. The application of section 7 to a civil law context such as a human rights proceeding is still undecided. The British Columbia Human Rights Commission intends to appeal this decision to the Supreme Court. The Canadian Human Rights Commission, together with several other human rights commissions and interest groups, has applied for Intervenor status in this case.

Resolution of Complaints

Race, Colour, National or Ethnic Origin

In 1997, a human rights tribunal found that the Department of Health discriminated against racial minorities by failing to promote them to senior jobs. The complaint that led to the landmark ruling was filed by a race-relations organization headed by Dr. Shiv Chopra. Unfortunately, Dr. Chopra's personal human rights complaint did not fare as well. Another tribunal in the same year found that while Dr. Chopra had been treated badly by his managers, there was no evidence that this was because of racism. Dr. Chopra and the

Commission appealed the ruling, and in April 1998 the Federal Court set aside this decision and ordered the Canadian Human Rights Tribunal to reconsider his case in *Chopra v. the Department of National Health and Welfare*.

On September 6, 1992, Dr. Chopra had filed a complaint against the Department of National Health and Welfare, as Health Canada was then officially known, alleging that his race had been a factor in the Department's failure to promote him to the position of Director of the Bureau of Human Prescription Drugs. A tribunal concluded that "the equivocal and even contradictory conduct of management discloses insensitivity to employees generally and a failure to have a clear approach toward employee career development," but this was not evidence of differential treatment prohibited by the Canadian Human Rights Act. More importantly, the tribunal did not allow the Commission to introduce, as circumstantial evidence, statistics showing significant under-representation of members of visible minority groups in senior management positions at Health Canada. It ruled that evidence of systemic discrimination was not admissible in a case where the complainant alleged individual discrimination.

The Federal Court Trial Division decision affirms the importance of circumstantial evidence in cases of racial discrimination, and that evidence of representation of visible minorities in the workplace is an essential element of such circumstantial evidence — even in cases of individual discrimination. The Court ruled that the tribunal had erred in disallowing the applicants from adducing general evidence in the form of statistics aimed at showing a systemic pattern of differential treatment, as circumstantial evidence to infer

that discrimination probably occurred in this particular case.

Mr. Justice Richard found that there was no evidence of actual prejudice to the respondent in allowing this type of evidence. He cited two authorities for the proposition that "[s]tatistics represent a form of circumstantial evidence from which inferences of discriminatory conduct may be drawn ... They may show that subjective and discretionary decisions by employers are being made in a discriminatory manner." Health Canada is appealing this decision.

In March, a review tribunal ordered Health Canada to put in place new food and drug policies that would not discriminate against merchants on the basis of their race or ethnic origin. The verdict in *Bader v. Canada (Department of National Health and Welfare)* reverses a human rights tribunal decision that had dismissed allegations that the Department of National Health and Welfare had discriminated against non-Chinese merchants who sold Chinese herbal products. David Bader claimed that the Department enforced Food and Drug Act regulations governing the importation and sale of certain health foods and herbal products more vigorously against Caucasian health food merchants than against merchants of Chinese origin.

The original tribunal ruled that Mr. Bader had standing to bring the complaint and was entitled to relief under the Act, even though the direct impact of the alleged discriminatory practice was on a corporation, Don Bosco Agencies Ltd., rather than on him. The review tribunal agreed, holding that the Canadian Human Rights Act should be given a large and liberal interpretation, and that it would be

improper to place certain instances of discrimination outside the Act because the complainant ran his business through a closely held company. The “sufficiently direct and immediate” test had been satisfied where the interests of David Bader (who was a shareholder, director and President of Don Bosco Agencies Ltd.) and his company had merged, and it was not possible to distinguish between the actions directed against Mr. Bader and the actions directed against the company. Where the party actually affected lacks the means of asserting the right in question, and where there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be determined, an individual ought not to be prevented from availing himself of the remedial provisions of the Act because of the existence of his own corporate veil.

The review tribunal also agreed with the original tribunal’s finding that Mr. Bader had produced a *prima facie* case of discrimination in the enforcement of regulations, based on race and ethnic origin. The crucial issue was whether the respondent Department had made out a defence of *bona fide* justification. The original tribunal found that, while the Department’s policy of not enforcing regulations against the Chinese ethnic community was based on assumptions, these assumptions were not unfounded. The Department’s assessment that there was a low risk when ethnic retailers were selling Chinese products was based on the assumption that ethnic retailers were selling only to their own community, and that consumers in the ethnic community were knowledgeable about the proper use of these products.

The review tribunal decided that the original tribunal had erred in law by accepting these

assumptions. The evidence supporting a “low risk” assessment policy for ethnic Chinese importers and retailers was not of sufficient quality and weight to meet the requirements of a *bona fide* justification. The evidence was almost entirely “impressionistic,” and the tribunal had erred in basing its conclusions on this kind and quality of evidence. In relying exclusively on perceptions and opinions, the Department was advancing unsubstantiated subjective information to meet an objective test.

The review tribunal also objected to the Department’s enforcement policy. The original tribunal had erred when it found that concentrating the Department’s resources at the importation level was objectively reasonable. “[T]here was overwhelming evidence that the enforcement activities of the Health Protection Branch at the import level demonstrated preferential treatment of ethnic Chinese importers,” which was not justified on the evidence, according to the review tribunal. The original tribunal was wrong when it concluded that any differentiation was between enforcement at ports of entry and enforcement at the retail level, when in fact the differentiation was based on ethnic origin. In addition, the original tribunal had erred when it found that there was equal enforcement between Chinese ethnic importers and Mr. Bader at the import level, when “in fact, the evidence demonstrated the opposite to be true.”

The original tribunal also failed to address evidence of lack of good faith by the Health Protection Branch in its treatment of ethnic Chinese herbal products in general, and in particular of the herb dong quai. The evidence showed that many of the herbal products of

ethnic Chinese importers and retailers contained injurious substances such as lead, arsenic, and codeine. In view of the serious health hazards in some of the Chinese herbal products, "it was difficult to ascribe to the policies and practices of [the Health Protection Branch] a sincerely held belief that those policies and practices were imposed in the interests of adequate enforcement of the Food and Drug Act and regulations." In adopting its so-called "low risk" policy, the Health Protection Branch was not acting in the interests of the general public, including the ethnic Chinese community. Neither the risk assessment policy nor the enforcement policy met the test for a *bona fide* justification.

The review tribunal held that the broad range of remedies proposed was justified because the discrimination had occurred in an agency of the government that had a mandate to protect the health of the general public. It ordered Health Canada to put into place policies and practices that would cease differentiation in the enforcement of the Food and Drug Act between herb and botanical dealers on the basis of race and ethnic origin. It also ordered the Department to cease the unequal enforcement of the Food and Drug Act based on the "ethnicity" of the product or the ethnic origin of the consumer of the product.

The review tribunal also ordered the Minister to carry out a national review of enforcement policies, practices and compliance strategies concerning herbs and botanicals, in order to eliminate unsound distinctions based on the ethnic origin of the dealer, product, or consumer. Furthermore, the Department was ordered to devise racially neutral compliance enforcement strategies to be communicated by a Letter to Trade within 90 days. Mr. Bader is

appealing the decision of the tribunal not to award him personal damages.

In 1998, two complaints initiated by the Assembly of Manitoba Chiefs, or AMC, were settled with agreements to provide more work opportunities for Aboriginal people. In July, Canadian Airlines International and the AMC signed an agreement to implement a comprehensive, five-year employment equity action plan designed to improve the workforce representation of Aboriginal people in all occupational groups at the airline. In particular, the airline will endeavour to raise its recruitment level of Aboriginal employees to three per cent, through outreach initiatives related to recruitment in Aboriginal communities and ongoing consultation with the Assembly of Manitoba Chiefs. This agreement resolves a complaint filed by the AMC in 1990, alleging that Canadian Airline International's employment policies and practices deprived Aboriginal people of employment opportunities on the grounds of race, colour and ethnic or national origin.

A second complaint filed that same year against the Canadian Pacific Railway was resolved in October under similar terms, including a recruitment target of three per cent, outreach initiatives, and ongoing consultation with the Assembly of Manitoba Chiefs. The Railway has also agreed to provide the AMC with information on available contract work. The Commission will monitor the implementation of both settlements over the next five years.

Age

A growing number of middle-aged Canadians face discrimination in today's changing workplace because of the tendency of some employers to devalue the experience and skills that older workers bring. A recent tribunal decision, *Singh v. Statistics Canada*, has recognized that older qualified candidates have much to offer the workplace and that qualified candidates should not be refused a promotion simply because of age.

Surendar Singh began working for Statistics Canada in a clerical position in 1981. In 1985, he began applying for an entry level ES-01 position in the hope of launching a career as an economist. While his qualifications were never an issue, his age was, and notwithstanding his efforts, he was unsuccessful in obtaining a permanent junior economist post. Mr. Singh filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, alleging that his employer had discriminated against him on the basis of age and his race; he was an East Indian. He was forty-seven years old at the time of the complaint.

Although the tribunal dismissed the aspect of the complaint dealing with race, it found that Mr. Singh's age was a factor in Statistics Canada's failure to put his name on an eligibility list for a competition in which he ranked second after the successful candidate, despite a general need for qualified candidates. There was evidence that in the late 1980s, Statistics Canada had become concerned about the aging of its management, and had set about recruiting a younger workforce. The Department argued that Mr. Singh's age was not a consideration in its decision; however, statistical evidence "provided compelling

circumstantial evidence of an organizational predisposition against promoting older internal candidates into ES positions." The tribunal concluded that "... the failure to put Mr. Singh's name on the eligibility list was at least in part because, at 43 or 44, Mr. Singh did not fit the profile that Statistics Canada had in mind for ES-01 level recruits." The tribunal noted that there was no guarantee that Mr. Singh would have been given a junior economist position had his name been put on the eligibility list; this issue helped in the assessment of the quantification of damages.

As a remedial award, the Commission and Mr. Singh asked that he be promoted to an ES-03 economist position. The tribunal stated that it had to be satisfied that there was at least a serious possibility that the complainant would have been promoted to the position but for the discrimination. Based on the evidence before it, the tribunal concluded that while it was probable that Mr. Singh would have obtained an ES-01 position at some point, it was by no means certain that he would have obtained the ES-03 position. The tribunal ordered Statistics Canada to promote Mr. Singh to an entry-level economist position at the first available opportunity, and to pay him the difference between his salary and the salary he would have received had he been promoted on August 2, 1989, the mid-point of the validity period for the eligibility list. Statistics Canada was also ordered to adjust Mr. Singh's pension and other employment benefits, as well as to pay him three thousand dollars as special compensation. Statistics Canada has applied to the Federal Court for judicial review of this decision.

Sex

A study into sexual harassment sponsored by the Commission recommended, among other things, that the Commission interpret circumstantial evidence very broadly and liberally, by paying attention to the history of the incident that triggered the sexual harassment complaint. Unfortunately, the Commission's efforts to do this do not always succeed, as the decision in *Franke v. Canadian Armed Forces* demonstrates. Kimberley Franke alleged that she was sexually harassed while a member of the Canadian Forces and that she was treated in an adverse, differential manner once she began complaining of the harassment; ultimately her career was destroyed and she required psychiatric care.

In a split decision, a majority of the tribunal, relying on the opinion of a Canadian Forces psychiatrist, held that there was insufficient evidence to prove that Corporal Franke was a victim of sexual harassment or of any discriminatory practices based on her sex. Despite the testimony of the complainant's three friends that she expressed concerns to them at the time, the tribunal found that the complainant had not viewed the comments and gestures of her superior officers as sexual harassment at the time they were made. Furthermore, the majority believed that Corporal Franke's human rights complaint was made in retaliation for the disciplinary action she received for her "disrespectful behaviour" with the Dress Committee, and not because she refused to "play the sexual games" that she alleged formed a part of the daily routine in her office.

The majority found that the complainant was not treated differently, and that her superiors

responded in "almost measured terms" despite the fact that her "correspondence in general reveals an attitude of contempt for those with whom she works." They examined three comments allegedly made by her superiors, but found that either these comments did not affect the supervisors' decisions or that the complainant misinterpreted them. With respect to an order that Corporal Franke be "committed for medical observation and psychiatric assessment," the majority found that the officer who issued the order, Colonel MacGee, was reasonably concerned about her mental state.

In her dissenting opinion, the Chair of the tribunal held that the complainant found the comments unwelcome at the time they were made. She held that it was for the decision-maker and not a psychiatrist to determine whether harassment had occurred. Furthermore, the complainant's reaction was consistent with "... the nature of the military environment and the rank structure [that] imposes limitations [on] a junior [member's ability] to confront a senior officer. The expectation within the military environment is that the members, irrespective of gender, submit to the higher authority and rank."

The Chair of the tribunal found that the conduct, which included comments using terms such as "sexatary" and "biker mama," the display of a post card depicting a bare-breasted female, conversations between Corporal Franke and a male superior officer about her dating habits, and questions about her financial situation, poisoned her working environment. These actions "set into motion a downward spiral with her supervisors that culminated with [a recorded warning for insubordination with the Dress and Deportment Committee] ...

The recorded warning became a link in this chain of events, which was reasonably understood by the complainant as punishment for her lack of acceptance of the status quo." When the incidents were viewed together, there was sufficient evidence to meet the reasonable person standard of sexual harassment.

The Chair of the tribunal also found that there was differential treatment after Corporal Franke complained of harassment. The complainant was targeted for close monitoring, and when she complained about this she was severely and unfairly criticized and recommended for psychiatric assessment. The recommendation of the harassment investigator that the complainant "be placed under close, direct supervision and on a regular basis formally counselled on her performance, conduct and response to direction," was inconsistent with the investigator's "finding of the *bona fide* nature of the complaint and ... had the effect of penalizing the complainant for her *bona fide* attempt to ensure a sexual harassment free workplace." The Chair of the tribunal noted that the complainant's own behaviour was not above reproach. However, she relied on the *Pitawanakwat* decision that if discrimination was "a factor" even if not "the sole reason" for the Canadian Forces' decision or action, then there was "sufficient evidence that the complainant was the subject of adverse discrimination," when she was closely monitored and exposed to unreasonable criticism. The Chair of the tribunal would have awarded the complainant two years of lost wages and five thousand dollars for hurt feelings in damages.

The Commission has appealed this decision. It is the Commission's position that by focusing

on the complainant's conduct, the tribunal's majority overlooked the importance of the surrounding circumstances, and did not adequately focus on the respondent's duty to react fairly and impartially to complaints of sexual harassment.

On a more positive note, the Canadian Forces have agreed to institute a special anti-harassment training program for cadets. The initiative is part of a settlement of a sexual harassment case filed with the Canadian Human Rights Commission by Harmony Poirier, a former member of the Royal Canadian Cadets. As part of the settlement, the Canadian Forces have agreed to develop an age-sensitive sexual harassment and racism prevention training program and a policy for cadets. The training program will be provided nationwide, and will begin in September 1999. The Forces also agreed to submit the sexual harassment training program to the Commission for review prior to its implementation.

Leila Paul, a reporter and weekend anchor, filed a complaint with the Commission against the CBC in 1989 after a younger woman was chosen to anchor a late-night newscast. Ms. Paul, then 44, complained that she was the victim of age and sex discrimination when a far less experienced co-worker, aged 27, got the job. After years of legal challenges, an investigation report was completed in 1996 that was based in part on interviews with Ms. Paul and CBC employees or former employees. The investigation report concluded that at the CBC "a climate existed whereby a man, by virtue of gender, was considered more credible, particularly in a solo news format." The Commission subsequently decided to appoint a tribunal to inquire into Ms. Paul's complaint.

The CBC applied for judicial review of this decision, challenging the Commission's jurisdiction and claiming that the investigation report was incomplete and biased.

The Federal Court held that a grievance arbitration decision could be considered by the Commission, but the Commission still had discretion to deal with a complaint, even though it had been dismissed by an arbitrator or the complainant chose not to pursue a complaint through the grievance process, as had happened in this case. The Supreme Court decision in *Weber*, that an arbitrator has exclusive jurisdiction to determine differences arising out of a collective agreement, was found not to apply in all cases. *Weber* did not address a situation in which there was concurrent jurisdiction given by the legislator to another forum. Furthermore, section 41(1) of the Canadian Human Rights Act gave jurisdiction to the Commission to decide whether to deal with any complaint arising from a collective agreement.

The Court held that there was not sufficient evidence to warrant the appointment of a tribunal. Evidence of a general tendency towards favouring younger anchors within the CBC did not provide sufficient grounds for the Commission to request the appointment of a tribunal. Specific material facts had to be found that could be linked to Ms. Paul's own allegations. Indications that a problem might exist in a particular industry provided, at best, only corroborating evidence.

Madam Justice Tremblay-Lamer found that the Commission had conducted a "biased" investigation, because relevant information had been omitted from the report. The court listed six "significant" omissions in the investigation

that led to the tribunal, including the facts that Ms. Paul did not make the short list for the job, that she had received a poor performance rating before the competition, that the people interviewed did not think her age or sex was a factor, and that she had not mentioned any discrimination based on age or sex in her internal grievances. Justice Tremblay-Lamer chose not to send the case back to the Commission for reconsideration, as she felt that after ten years the parties needed to have an end to the litigation. Ms. Paul is appealing this decision.

Pay Equity

In 1978, the Canadian Human Rights Act made it discriminatory to pay women less than men for doing work of equal value. However, it was only in July 1998 that any court or tribunal issued a decision based on a thorough examination into the meaning, scope and proper application of the pay equity provisions of the Act. The case of *Public Service Alliance v. Treasury Board of Canada* contains important findings on key issues related to pay equity, such as the appropriate methodology to determine wage adjustments, how far back retroactive wage adjustments should go, whether there should be interest payments on the wage adjustments, and whether damages should be awarded to employees.

The decision stems back to one of five pay equity complaints filed by the Public Service Alliance of Canada in 1984. The union alleged that clerks, secretaries, librarians, data processors, hospital workers and education support staff, working in the lowest-paid categories in the federal public service, had been systemically underpaid in violation of the Canadian Human Rights Act. More than

85 per cent of the affected employees are women, and 80 per cent earn less than \$30,000 a year.

Between 1985 and 1989 the Treasury Board and the Alliance conducted a joint study on sex-based wage discrepancies in the public service. The Joint Union-Management Initiative, or JUMI study, began with 5,000 questionnaires distributed to employees in 52 different occupational groups. The results showed a wide wage discrepancy between male and female work of equal value. The two sides disagreed about the reliability of the findings, and the study broke down in 1990.

In March 1990, the Treasury Board decided unilaterally to adjust the wages of secretaries and clerks in order to close the gap. The Board gave them back pay to 1985 and yearly wage adjustments. The Public Service Alliance said the payments were not sufficient, and filed a second omnibus complaint with the Canadian Human Rights Commission. After an investigation, the Commission concluded that the government owed the employees more money to close the gap, and referred the complaint to a human rights tribunal for a hearing. In 1996, the tribunal ruled that the joint study had provided a reasonable foundation for assessing whether any wage discrimination persisted.

The July 1998 tribunal decision is clearly historic. Its scope and size are unprecedented in Canadian history, and it strongly endorses both the principles and the practice of pay equity. The tribunal held that section 11 of the Canadian Human Rights Act was aimed at redressing systemic discrimination in pay, i.e., sex discrimination in pay systems resulting in unequal wages for female employees

performing work of equal value to male employees' work. As the decision notes, "section 11 of the Act is an attempt to remedy what has become an issue of social justice. The fundamental purpose and goal of the Act is to give effect to the principle of equality, which in our opinion favours equal treatment for female work relative to male work. Therefore we believe that section 11 is aimed at redressing a wage gap between male and female employees who perform work of equal value. Where the work is deemed to be of equal value it should be paid the same."

The Treasury Board argued that section 11 required the complainant to prove that the difference in pay was caused by sex discrimination, and not for some other reason. The tribunal specifically rejected this approach, because it failed to examine systemically how the employer viewed the value of male work in comparison to the value of female work. "The tribunal is of the opinion that the notion of causality may be appropriate in other situations. It is not, in our opinion, appropriate when the discrimination complained of is systemic in nature ... it is apparent that section 11 of the Act is premised on gender difference."

The tribunal also held that there was no requirement to limit the remedy in the Act simply because the cost would be too high for the employer or the taxpayers of Canada. Redressing wage discrimination and making the complainants whole is the purpose and goal of the Act. The only defence to a breach of section 11 is found in section 16 of the Equal Wage Guidelines 1986, where differences in wages between male and female employees performing work of equal value are attributable to regional wage rates.

The tribunal adopted the Commission's proposed methodology to identify the extent of the wage gap as the best approach for this case, given the sample size. The government had contended that predominantly female jobs should be compared to a narrow selection of the lowest-paid, predominantly male positions. The tribunal rejected this approach as not consistent with section 11. The Commission's "level to segment" statistical approach compares all male work to all female work in the same value range in order to identify which male work in the employer's establishment is indeed equal in value to the predominantly female work, regardless of the occupational group into which the male work has been classified for pay purposes. Not all male jobs or occupational groups are paid the same when they are contributing work of equal value. It is therefore necessary to seek the pattern of pay for the male work in the employer's establishment, not the highest or lowest-paid job in the occupational group, which might emphasize atypical salaries. This methodology helps to identify the employer's overall approach to remuneration of predominantly male work compared to its approach to remuneration of predominantly female work.

With respect to how far back in time an order for lost wages could be made in a pay equity complaint, the tribunal emphasized the need for applying reason and "common sense." It chose a compromise retroactivity period that began on March 8, 1985, the date of the announcement of the JUMI study. This was two years prior to the gathering of the job information. Even though the respondent was aware of the complaint from as early as December 1984, and was engaging in ongoing discussions with the unions and the Commission leading up to the announcement,

the tribunal was not willing to place too high an onus upon the respondent to prove that the systemic discrimination had not commenced earlier than March 8, 1985.

The tribunal also ordered simple interest set at the Canada Savings Bond rate for each year to be paid on the pre-judgment and post-judgment award. It rejected the Alliance's bid for legal costs and its request for compensation for hurt feelings for the individual members in the predominantly female complainant groups. The Alliance had asked for the maximum amount of five thousand dollars for each complainant. The Commission had left the amount to the discretion of the tribunal, but had argued that in principle there should be some award made, given the lengthy struggle and the recalcitrant position of the employer over the past two decades. However, there was no direct evidence that each represented complainant had individually suffered from hurt feelings. The Commission submitted that the calling of such evidence was logistically impossible in a large group complaint, and that this obstacle should not be used to preclude an order of damages.

The tribunal rejected these arguments, finding that, in complaints of systemic discrimination, where the discrimination arose in a pay system and there was no evidence of individual hurt or degradation presented, an award of damages was not allowable. The denial of an award for damages because the complaint is of systemic discrimination is worrisome, and presents a real barrier for victims of systemic discrimination. The case is nevertheless a milestone in the struggle to narrow the wage gap between men and women.

The tribunal's findings are applicable only to employees of the federal government and federally regulated businesses — banks, airlines, interprovincial transportation and telecommunications firms. The methodology, coupled with the ruling's decision on retroactive pay and interest, will invariably set precedents for other outstanding pay equity complaints against Bell Canada, Air Canada, Canadian Airlines, the government of the Northwest Territories, Canada Post and the House of Commons — all at some stage of litigation. The government has applied for judicial review of this decision.

There is no area of human rights more contentious than that of pay equity. The large amounts of money involved, and a system that relies on the filing of complaints, turn pay equity into an invitation to litigate. To illustrate the point, one need only look to the Bell Canada complaint, which could potentially cost the company between sixty and eighty million dollars. The Bell complaint, the largest pay equity complaint filed against a private-sector employer, came from two unions — the Communications, Energy and Paperworkers Union and the Canadian Telephone Employees' Association — and an employee group called Femmes Action, representing telephone operators, clerks and sales associates who were mostly women. A 1992 study by Bell and its unions found that the mostly female workers earned approximately two to six dollars less an hour than workers in predominantly male jobs. When negotiations failed to close that gap, the Commission, which investigated the complaint, referred it to a tribunal for further inquiry. Since then, Bell has launched a series of legal actions in an attempt to stop the hearings. The following are three of the most recent decisions.

On March 17, 1998, Mr. Justice Muldoon of the Federal Court ruled in favour of Bell Canada's motion to quash pay equity proceedings against it, and heavily criticized the Canadian Human Rights Commission for its role in the process. In *Bell Canada v. CEPU (No. 5)*, the judge found that not only had the Canadian Human Rights Commission and Bell's unions not "behaved honourably" towards Bell, "but more to the point, the CHRC's treatment of Bell, in law, was unfair." Bell had complained that while the Commission was purporting to act as an impartial arbiter, it was on the side of the union, and was advising them on how to lay complaints. Bell said it carried out a pay equity study with its unions to be used only for future bargaining purposes, but the Commission had used those confidential results to substantiate pay equity complaints. Justice Muldoon said that under the circumstances, there was no reasonable possibility of the Canadian Human Rights Commission appointing an impartial tribunal to hear a case in which it had not only supported, but apparently solicited, the complaints under consideration.

Moreover, he criticized the Commission for trying to compare wage rates, not job by job, but between predominantly male and predominantly female positions in general, calling it a "new concept" not enshrined in the legislation, and overly vague. Justice Muldoon also suggested that unions who negotiate wage rates could not later complain that they were unfair. Furthermore, in order to proceed with a complaint, the unions should have had the express permission of all the people whose jobs formed part of the complaint. This was particularly unrealistic, as many employees had retired or moved away.

In November, the Federal Court of Appeal overturned every element of Justice Muldoon's decision in *Bell Canada v. CEP and CTEA*. In the Court's unanimous ruling, the three appeal judges clearly said that Justice Muldoon was wrong to decide that there were no grounds to send the case to a human rights tribunal. The decision criticized him for referring exclusively to the evidence filed by Bell Canada in his ruling — without giving any explanation for doing so — and listed several problems with his judgment. Furthermore, the Court confirmed the Canadian Human Rights Tribunal's role as the primary interpreter of the pay equity provisions of the Canadian Human Rights Act.

The Court said that the merits of the case were irrelevant. The law grants the Commission "a remarkable degree of latitude" to decide whether there is sufficient evidence to investigate a case and send it to a tribunal. In particular, the Court found that the Commission's decision to refer the case to a tribunal was reasonable, given the results of the joint study and the Commission's own investigation. The procedures followed by the Commission were fair, as both Bell and the complainants had full opportunity to review and comment on all reports and other material placed before the Commissioners. The Court ruled that Justice Muldoon's statement on methodology went beyond the facts needed to reach his decision, but refused to comment on the soundness of his opinion. The Court refused to interpret the case "without the benefit of a tribunal decision."

Finally, the Court of Appeal dismissed Bell's argument that the complaints were vexatious and in bad faith, and that the unions should be estopped from attacking wages that they had

freely negotiated. The decision said that the Canadian Human Rights Act clearly makes only the employer liable for wage gaps between work of equal value. The Court concluded: "it would fly in the face of the clear wording of the Act and the obvious intent of Parliament to find unions equally liable ... for having participated in the establishment of different wages with respect to work of equal value." The Act does not force the unions to pursue the issue of equal wages for equal value to an impasse during the collective bargaining process before they can file pay equity complaints with the Commission. Nor do they need to obtain the consent of all their members, as "the whole history of the case suggests that the alleged victims had endorsed the actions of their union throughout." The Court concluded by saying that although it might seem unethical for a union to use section 11 to force, for all practical purposes, the revision of the collective agreement it had negotiated, it was not legally wrong if it was not done in bad faith.

Barely a week after Justice Muldoon released his decision, the impartiality of the Canadian Human Rights Tribunal's structure was called into question by the Federal Court in *Bell Canada v. CEPU (No. 6)*. Madam Justice McGillis halted the tribunal's hearing into the pay equity complaint by Bell workers, ruling that human rights tribunals were not sufficiently independent from the Commission or the government to render impartial decisions. She held that the Canadian Human Rights Tribunal's ties to the Commission could give rise to an apprehension of bias in tribunal decisions. Under the system then in operation, the Commission was required by law to fix the remuneration, travel and living expenses of the members of the Canadian Human Rights Tribunal, which would then be subject to the

Treasury Board's approval. The Commission also had the statutory power to issue guidelines binding on the Tribunal.

Justice McGillis held that there were three essential conditions of judicial independence: security of tenure, financial security, and administrative independence. Given that the Canadian Human Rights Tribunal had a purely adjudicative role and performed functions relating to fundamental rights, a high level of independence was required. She then went on to consider whether that level of independence existed.

With respect to security of tenure, Justice McGillis found that the Act did not accord a member of the Canadian Human Rights Tribunal whose appointment had expired the right to continue hearing a case after the expiry of the appointment. In such circumstances, the President of the tribunal panel had to ask the Minister of Justice for an extension of the member's appointment in order to enable the case to be completed. The Act was therefore inadequate, in that it failed to provide members of the Canadian Human Rights Tribunal with the statutory right to fulfil their adjudicative role without any intervention from the executive or legislative branches of the government.

As for financial security, Justice McGillis concluded that "the legislative scheme in the Act does not respect the essence of the condition of financial security in that the remuneration of the members of a tribunal is controlled by the Commission, an interested party in all Tribunal proceedings."

These failures compromised the institutional independence of the Canadian Human Rights

Tribunal to such an extent that there was a reasonable apprehension of bias, Justice McGillis concluded. The Tribunal was therefore not an independent, quasi-judicial body capable of providing a fair hearing. She quashed the proceedings and ordered that there be no further proceedings in the matter until the problems she identified in relation to security of tenure and financial security were corrected by legislative amendments to the Act.

In the past, the Commission and various officials of the Tribunal Panel had actively lobbied for legislative changes, and a bill was already before Parliament to create a new, permanent Canadian Human Rights Tribunal. Bill S-5 became law on June 30, 1998, effectively cutting the umbilical cord between the Commission and the tribunals. The Tribunal now has control over its own internal administration, and the Tribunal members' pay is fixed by the Governor in Council.

Despite the legislative amendments, the Commission had filed an appeal because of the implications for existing cases. Cases recently decided by federal human rights tribunals, or proceedings then underway, might be assailed by parties seeking to have them voided on the basis of this decision. (See *Zundel v. Attorney General of Canada*).

In December, a tribunal decision in *Public Service Alliance v. Government of Northwest Territories* confirmed the independence of the newly created Canadian Human Rights Tribunal. This cleared the way for hearings of the Government of the Northwest Territories pay equity case.

The Union of Northern Workers, a component of the Public Service Alliance, had filed a pay

equity complaint with the Commission. It alleged that the Government of the Northwest Territories discriminated against its employees in predominantly female job categories by paying these employees less than employees in predominantly male jobs for work of equal value. The union also alleged that the employees in predominantly female groups had to work longer to reach their maximum salaries than employees in predominantly male occupations. The Commission had referred a number of the union's allegations to a tribunal.

In September 1998, the Territorial Government filed a motion alleging that, notwithstanding Bill S-5 amendments, the Canadian Human Rights Tribunal lacked institutional independence and impartiality. In its decision, the tribunal replied that "it [had] the institutional capacity to provide a fair hearing in the present case and should proceed to hear the complaint." The Territorial Government has applied for judicial review of this decision.

In late 1998, a tribunal issued a disappointing decision, quashing the proceedings in the pay equity case of the *Canadian Union of Public Employees v. Canadian Airlines International and Air Canada*. The Canadian Union of Public Employees, or CUPE, had filed complaints with the Commission, alleging that flight attendants for both airlines were underpaid when compared with other predominantly male occupational groups. The issue before the tribunal was whether the flight attendants worked in a different "establishment" from flight crew or pilots. Section 11 of the Canadian Human Rights Act states that "it is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed

in the *same establishment* who are performing work of equal value." [Emphasis added].

From the outset, the airlines maintained that pilots, flight attendants and flight crew worked in different "establishments," as there were no common wage or personnel policies among the employee groups, and each group was governed by a separately negotiated collective agreement. The Commission and CUPE contended that the primary criterion in determining whether one or more groups worked in the same establishment was whether the employees were involved in the same operational line of business or core function of the employer. In this case, the core function was the business of transporting passengers and cargo by air, domestically and internationally. The tribunal found that this approach would make virtually all corporations, apart from major conglomerates, single establishments for the purposes of the Act. The complainant pointed to the common work location, in and around various aircraft, the daily interaction between flight attendants and employees from other bargaining groups, joint training and employee committees, and general corporate human resources policies as evidence of a single establishment, but this argument was rejected.

The tribunal concluded that the three major employee groups at Air Canada and Canadian Airlines did not form a "single establishment" for the purposes of the pay equity provisions of the Act. The complaint could not, therefore, proceed. In the decision, the tribunal said that collective bargaining had to be taken into consideration in determining what was meant by "establishment." The tribunal stated that "the bargaining units comprising pilots, flight attendants and technical operations employees

negotiate separate collective agreements that contain the vast majority of the wage and personnel policies applicable to each of the functional branches of the respondent companies. These collective agreements, taken together with the branch-specific manuals, prevent the creation of a single establishment comprising the pilots, flight attendants and technical operations at Air Canada and Canadian Airlines. The existence of general human resources policies and common negotiating strategies at each of the respondent companies that may apply to all employees, unless superseded by the relevant collective agreement, cannot by themselves establish a single establishment comprising the pilots, flight attendants and technical operations at each of the respondent companies."

The decision is a narrow interpretation of the pay equity provisions of the Act, reinforcing the inequities in bargaining positions between predominantly male and predominantly female groups, and will limit the ability of many employees in predominantly female jobs to file a complaint based on the pay equity provisions of the Act.

The Commission has therefore applied for judicial review of this decision.

Marital and Family Status

In March, a tribunal upheld Peter and Trudy Jacobs' complaint against the Mohawk Council of Kahnawake, or MCK. The ruling in *Jacobs and Jacobs v. Mohawk Council of Kahnawake* is believed to be the first that deals with the human rights of children adopted by Aboriginal people. Peter Jacobs is recognized as a status Indian, but neither he nor his

immediate family are acknowledged as members of the Kahnawake First Nation. The Jacobs family contended that the Mohawk Council of Kahnawake discriminated against them in the provision of goods and services by refusing them benefits available to other members of the Mohawk community.

Peter Jacobs was adopted at birth by two Mohawks and has lived most of his life on the reserve. His biological parents were of black and Jewish descent. He lost his membership in the Mohawk community at the age of twenty-one because of his biological origins, but he regained his Indian status in 1988 under the provisions of Bill C-31, which amended the Indian Act, restoring adoptees' Aboriginal status. In April 1988, the complainant was informed by the Council that even though he was entitled to be registered as an Indian with the Department of Indian Affairs and Northern Development, he did not meet the criteria for becoming a registered Indian in Kahnawake. Furthermore, his wife Trudy, who had been born a Mohawk, lost her right to be on the Kahnawake membership list because she had married a non-native. As a consequence the couple was denied water and sewer services and a housing loan.

The tribunal held that, except insofar as it related to the right of the Jacobs family to vote or hold office in any future election of the Mohawk Council of Kahnawake, a *prima facie* case of discrimination had been established. The tribunal was satisfied that there had been a denial of access to goods and services constituting direct discrimination based on race, national or ethnic origin, and family status. By not being on the Mohawk membership list, the Jacobs family was effectively being denied the right to apply to

the Council for the rights, benefits and privileges available to members of the Kahnawake community.

The tribunal rejected the argument advanced by the Jacobs family that the Council was not acting in good faith. In 1981 the Mohawk Council of Kahnawake enacted a moratorium that stated that “in order to be recognized by the Kahnawake Mohawk Territory as being Indian, a person must possess fifty per cent or more Indian blood,” and “any Indian man or woman who marries a non-Indian man or woman is not eligible for ... the ... benefits that are derived from the Kahnawake Mohawk Territory.” In applying the membership criteria set out in the Moratorium of 1981 and the Mohawk Law of 1984, the respondent was acting honestly, and in the sincere belief that these criteria were necessary to insure the survival of Kahnawake as a culturally distinct Mohawk community and to protect its limited land base.

While the tribunal accepted that there was some basis for determining membership by considering the blood lineage and blood quantum, it was not satisfied that the legitimate objectives of the community could not be met even if people who were not Indian, but who were adopted at infancy and raised as Mohawks, were included. It also indicated that it was not satisfied that no practical alternative existed. In the tribunal’s view, the fear that too many people might seek similar rights, benefits and privileges did not constitute a defence against an allegation of discrimination. Finally, the tribunal was not satisfied that the exclusion of Peter and Judy Jacobs and their children, and others in their unusual situation, from the opportunity to enjoy the rights, benefits and privileges that were available to others

ordinarily residing at Kahnawake, was reasonably necessary.

The tribunal ordered the Mohawk Council to “cease and desist from committing acts of discrimination against [the Jacobs family] by refusing them access to the rights, benefits, privileges and services available to other members of the Mohawk community of Kahnawake.” These benefits included land allotment and land rights, housing assistance, welfare, education, burial, medicines and tax privileges.

In his original complaint to the Canadian Human Rights Commission, Mr. Jacobs requested that he and his family be recognized as members of the Kahnawake First Nation. The tribunal said that it was unable to order the Kahnawake community to accept the Jacobs family. “... [A]cceptability within a community is for the mind, the soul and the spirit and is not the subject of Orders. No matter what we might do, we cannot make Peter and Judy members of this community ... only the community can do that.”

Disability

The Canadian Human Rights Act now includes an express reference to a “duty of accommodation” that requires employers to address the needs of people who are protected under the Act, including people with disabilities. Nevertheless, even employers who have committed themselves to providing equal opportunities for disabled employees have fallen short. In *Green v. Public Service Commission, Treasury Board and Human Resources Development Canada*, the complainant, who has auditory dyslexia, applied for a position as Manager of Employment Equity Consulting

Services at the Canada Employment and Immigration Commission, now part of Human Resources Development Canada, and was rated first on knowledge, ability and personal suitability in a competition.

As part of the orientation process, Ms. Green was required to take a test that would determine whether she had the ability to learn French within the time allotted by Treasury Board policy. The Public Service Commission measures second language “aptitude” by testing auditory abilities for sound and symbol discrimination, for rote memory of speech sounds, and for grammatical structure. The complainant could not understand words when they were broken down and out of context, so she failed when she was tested to determine her aptitude to learn French. Ms. Green was unaware of her disability when she took the Public Service Commission’s second language aptitude test: her learning disability, “dyslexia affecting auditory processing function,” was only diagnosed after she failed the test. Despite the fact that she had, through part-time language instruction, acquired enough French to make it possible for her to receive a “positive prognosis” from the Public Service Commission, and thus the opportunity to take full-time, government-funded, second-language instruction, no steps were ever taken to reassess her situation. Subsequently she was demoted from her acting position as Manager of Employment Equity Consulting.

In September 1989, she complained to the Canadian Human Rights Commission that she was being held back because of her disability. She filed a systemic discrimination complaint against the Treasury Board, alleging that it had a policy that deprived people with disabilities of employment opportunities. The policy at

issue fixed the maximum time allotted for government-sponsored, full-time second-language training. She also filed a complaint against the Public Service Commission, alleging that she was denied French-language training and a promotion as a result of the “negative prognosis” that she received in the Public Service Commission’s second-language aptitude tests.

The tribunal held that the evidence supported a *prima facie* case of discrimination, and that Ms. Green’s employer had failed to accommodate her learning disability. Although the Treasury Board had a policy to accommodate people like Nancy Green, it took no steps “to address the aptitude test as a systemic barrier for persons with diagnosed learning disabilities.”

The tribunal rejected the Public Service Commission’s position that it was unable to accommodate Nancy Green’s disability because it was unaware of the disability at the time she took the test. It also rejected the respondent’s argument that the disability was the barrier, not the test, noting that “there appears to be a lack of understanding about the nature of learning disabilities and effective action needed to accommodate them.”

The tribunal added that ignorance about learning disabilities might be the cause of the “inability to meld the fine human rights theories ... with the practical procedures which have to be taken at all levels to make those theories work ... There was little or no effective training in how to deal with the theory of accommodation.” The tribunal said that part of the difficulty lay with the hierarchical nature of the public service and “pervasive” problems of communication, noting that “the attitudes and

practices of the Public Service Commission created a situation where it could not implement its own human rights and employment equity policies.”

The tribunal ordered the Treasury Board to work with the Canadian Human Rights Commission to create, within six months, an education and training program for all its employees on accommodating people with learning disabilities in the workplace. Employees of the Treasury Board, the Public Service Commission, and Human Resources Development Canada were to be given this training. The Public Service Commission was ordered to create an alternate method of testing the aptitude of people with learning disabilities to complete a language training program. It also ordered the establishment of a procedure to review cases in which a person with a disability appeared not to come within the ambit of a policy or procedure.

Given that Nancy Green’s career was essentially over once she had failed the French-language aptitude test and that she had subsequently experienced “ten years of employment doldrums,” the tribunal ordered that she should be promoted immediately to the level she was seeking, and then moved on to the executive level — without competition — as soon as a position became available and she had completed the necessary training. The order included admission to a government-sponsored French-language training program, lost wages, and an award of five thousand dollars for hurt feelings.

The government has appealed this decision.

In July, the Federal Court of Appeal held in *Canadian Civil Liberties Association v. Toronto-*

Dominion Bank that the Toronto-Dominion Bank’s mandatory pre-employment drug-testing policy discriminated against people with disabilities and therefore violated the Canadian Human Rights Act. The Toronto-Dominion Bank was the only Canadian bank that carried out mandatory drug testing, but the judgment could affect similar policies by employers across Canada.

Under the Bank’s policy, all new employees and those rehired after a three-month absence were required to submit to a urine test within forty-eight hours of accepting an offer of employment. Those who refused to take the test were dismissed for failing to comply with a condition of employment. Employees who tested positive and were identified as drug dependent could lose their jobs if they refused to take part in a treatment program, paid for by the company, or if rehabilitation was unsuccessful.

An earlier tribunal decision had concluded that the policy was valid, despite evidence that employees were terminated because of their dependency. Subsequently, the Federal Court upheld the tribunal’s decision in part, but sent the case back for reconsideration because it had failed to rule on whether the drug-testing policy was “rationally connected” to job performance. An appeal was launched by all parties — the Bank, the Civil Liberties Association, and the Canadian Human Rights Commission — to the Federal Court of Appeal.

By a majority of two to one, the Court found that the Bank’s policy was a discriminatory practice contrary to section 10 of the Canadian Human Rights Act, and ordered the case referred back to a tribunal for reconsideration. Unfortunately, Justices Robertson, McDonald

and Isaac were unable to reach a consensus on the nature of the discrimination caused by the Bank's drug-testing policy. Justices McDonald and Isaac held that the policy was indirectly discriminatory, i.e., seemingly neutral but with an adverse effect on a particular group of people. Justice Robertson concluded that the policy was directly discriminatory because it specifically targeted drug-dependent individuals, a group protected under the Act.

Justice Robertson held that the tribunal had erred in finding that the Civil Liberties Association failed to establish a case of *prima facie* discrimination. The tribunal had based its decision on the mistaken belief that evidence of reasonable accommodation on the part of the employer transformed a *prima facie* discriminatory policy into a non-discriminatory policy. Accommodation was a defence to allegations of discrimination, but it did not change the fact that the action was discriminatory in the first place, he stated. Furthermore, the tribunal failed to appreciate that if an employment rule was not "reasonably necessary" or if there was no "rational connection" to job performance, then it was irrelevant whether an employer was willing to accommodate. A policy intended to ensure a drug-free working environment must necessarily adversely affect those employees who were drug dependent, he ruled. The question to be determined was whether that discrimination was direct or indirect; each one had its own reasoning and defences.

Justice Robertson noted that indirect discrimination arose incidentally, as a consequence of an apparently neutral policy. A neutral employment rule, he held, was more likely to be directed at how work is performed, not at isolating people believed to be incapable

of adequately performing assigned tasks because of disability. Justice Robertson concluded that the Bank's drug-testing policy could not be described as a neutral employment rule, as it specifically targeted the removal of drug-dependent employees.

Justice Robertson next considered whether the Bank could defend the policy on the ground that it was a *bona fide* occupational requirement. In order to establish a *bona fide* occupational requirement, the Bank was required to show that the policy was imposed in good faith, and that it was reasonably necessary for work performance. The Bank argued that drug testing was necessary to reduce the risk of internal crime, improve job performance, and maintain public confidence in the integrity and honesty of the Bank as a financial institution. Justice Robertson said that "the issue of integrity might be more persuasive in the context of law enforcement personnel or professional or amateur athletics. But I cannot see how it advances the Bank's case. Integrity is the foundation of all employment relationships. Whether or not it is of primary importance to the Banks, or as alleged, they have special concerns, are largely non-justiciable matters." Hence the Bank failed to show that drug testing was a *bona fide* occupational requirement that would justify the imposition of a discriminatory employment practice.

In the event that he was incorrect in finding "direct discrimination," Justice Robertson held that the policy also constituted indirect discrimination, which could only be justified if the Bank could demonstrate that the policy was "rationally connected" to work performance. Once a rational connection is established, the employer had to show that it

reasonably accommodated the employees affected by the policy, short of undue hardship. In this case there was “insufficient evidence to establish that a drug problem exists within the Bank,” and “no correlation between illegal drug use and crime, nor evidence to support such a concern,” to show that a rational connection existed between the policy and job performance. “[A]t best, the Bank’s policy reveals whether an employee has been exposed to certain drugs within a certain time frame. Such information reveals nothing about an employee’s ability to do the job in question.”

Justice McDonald agreed with Justice Robertson that the Bank’s policy was *prima facie* discrimination against drug-dependent employees; however, he was of the opinion that the policy constituted indirect discrimination. He found that the drug-testing policy was directed at casual users as well as drug-dependent users. Since it was designed to catch all drug users, but negatively affected drug-dependent employees, the policy was indirectly discriminatory.

He concluded the Toronto-Dominion Bank’s policy was not rationally related to the objective of ensuring optimal performance, because it only applied to new workers and there was no evidence that employees’ work performance was being affected by drugs. “If the Bank was truly concerned with the correlation between drug use and employee job performance and responsibility, it would have adopted a rule of random testing which applies to all employees, including those at the senior level,” Justice McDonald wrote. “It would have also tested for a wide variety of other drugs. A finding of trace amounts of drugs in one’s system does not mean the employee is

unproductive or about to engage in a work-related crime.”

Justice McDonald said that for a drug-testing policy to be legal, it must not be random. It must be linked to an employee’s job performance, except perhaps in safety-sensitive industries. “If an employee is not abusing drugs while at work, and his or her work performance meets the employer’s job requirements, then the disability poses no problems ... If, however, an employee exhibits poor performance and the Bank reasonably believes it may be related to a drug dependency, then and only then should the Bank be able to test the employee, and, if necessary, send the employee to some form of rehabilitation or counselling program.” While the rehabilitation program provided by the Bank met the reasonable accommodation requirement, the policy still failed, because rehabilitation was not triggered by an assessment of an employee’s performance.

In dissent, Chief Justice Isaac said the Toronto-Dominion Bank’s policy was not discriminatory, but an employment rule “honestly made for economic and business reasons.”

While he agreed that the policy was properly characterized as indirect or adverse effect discrimination, he disagreed that the Bank had failed to establish a rational connection between the policy and job performance. “[T]he underlying concerns of the [Bank] in adopting its policy are to maintain a safe, healthy and productive workplace for all employees and to safeguard customer, employee and the [Bank’s] funds and information and to protect its reputation. The policy also acknowledges the impact of drugs

on work performance in that it affects alertness, perception and other working abilities ...” The Chief Justice further concluded that the rehabilitative program constituted reasonable accommodation.

This was the second ruling in 1998 to throw out a major company’s random drug-testing program. In February, Imperial Oil’s alcohol and drug screening program was found to violate the Ontario Human Rights Code. The Toronto-Dominion Bank has since dropped its drug-testing program.

In June, a review tribunal overturned a finding that Canadian National and a union had discriminated against disabled employees in calculating their years of service, in *Cramm v. CNR and the Brotherhood of Maintenance of Way Employees*. Barry Cramm, a former welder with a subsidiary of Canadian National, suffered severe burns in an industrial accident and was unable to work from September 1980 to March 1984. In 1988 his employer, Terra Transport, shut down operations when the railroad closed in Newfoundland. Under the Employment Security and Income Maintenance Agreement negotiated by the union, permanent employees who had eight years of service were offered jobs or a buyout of their salary until they turned 55. Those with less than eight years of service had their pension contributions returned to them. In calculating his years of service, the Company refused to consider the thirty months during which Mr. Cramm could not work because of his injuries, leaving him five months short of the eight-year cutoff, and therefore only eligible for the smaller compensation package.

The original tribunal ruled in Mr. Cramm’s favour, holding that the formula used by

Canadian National to calculate years of service contravened the Canadian Human Rights Act. The requirement to work one day in a calendar year was discriminatory, because it penalized employees with long-term disabilities who could not work one day a year. The hundred-day limit was also discriminatory, because it treated employees with short-term disabilities differently from those with long-term disabilities.

The review tribunal held that the employment security and maintenance agreement did not differentiate adversely against employees on the basis of disability, and therefore the Commission had failed to establish a *prima facie* case of discrimination. The review tribunal appears to have based its decision on the theory that people on jury duty, at committee meetings, and attending court as witnesses would have suffered the same loss as Mr. Cramm and other people absent from work due to disability, if they were absent for more than one hundred days in a calendar year. Since this comparison group, which does not fall within a class protected by human rights legislation, would suffer the same “qualitative impact” on the calculation of their service as disabled employees, there could not be any adverse effect discrimination. The tribunal found that it was irrelevant that more disabled employees were likely to experience a negative impact as a result of the imposition of the collective agreement. Indeed, the respondent did not introduce any statistical evidence to show that this comparison group even existed. The notion that the same treatment does not always mean equal treatment appears to have eluded the review tribunal.

It is the Commission’s position that this approach to adverse effect discrimination

places a further barrier in the path of people with temporary and permanent disabilities and is not in keeping with the principles of interpretation that should be applied to human rights legislation. The reasoning in this case could jeopardize findings of adverse effect discrimination in employment equity cases, and cases involving physical fitness tests and height requirements, since it would be very hard to prove that the complainants in these cases suffered a greater “qualitative loss” than other groups. The Commission has applied for judicial review of this decision.

Sexual Orientation

In another legal victory for gay men and lesbians, the federal government has been told that it cannot create a “separate but equal” health and dental benefit plan for homosexual public servants. A Federal Court Trial Division judge ruled that the government must integrate gay men and lesbians into existing programs by changing the definition of “spouse” to include same-sex couples.

In *Moore and Akerstrom v. Treasury Board*, a 1996 human rights tribunal held that the federal government had to extend employee medical and dental benefits to the same-sex partners of its employees. Dale Akerstrom had been denied family health benefits. Stanley Moore, a foreign service officer, was denied moving, housing, medical and dental benefits for his partner when he was posted to Indonesia in 1991. The tribunal ordered the government to prepare an inventory of all legislation, regulations and directives containing a discriminatory definition of “spouse” and to “cease and desist” from applying a definition of “spouse” in the existing plans and collective agreements that restricted that term to

members of the opposite sex. The government refused to amend the definition of spouse in the collective agreement, and instead created a separate category of “same-sex partner relationship” that required employees to declare publicly that they were in a homosexual partnership in order to receive employment benefits. Subsequently the tribunal was reconvened to clarify the remedial award, and it ruled that setting up a separate category for the beneficiaries of same-sex spouses did not comply with the original order. The words “spouse” or “common-law spouse” were to be interpreted as if the words “of the opposite sex” or any reference to gender were not included. The Treasury Board appealed the tribunal’s decision before the Federal Court.

Mr. Justice MacKay addressed the government’s first ground of appeal, holding that the Canadian Human Rights Tribunal had the power to revisit its decisions to ensure that its remedial orders were effectively implemented. He went on to rule that the majority of the Supreme Court in *Egan v. Canada* had set a standard for the definition of spouse necessary to meet the requirements of the Charter; namely, that it not include a reference to the “opposite sex.” He further concluded that the scheme proposed by the employer established a regime of “separate but equal” that distinguished between relationships on the basis of sexual orientation of the participants. The plan was still discriminatory even though the benefits were the same, and he likened it to the “appalling doctrine” that helped maintain segregation in the United States. “It is no more appropriate for the employer in this case to have established a separate definition for persons in same-sex relationships than it would have been for the employer to create separate definitions for

relationships of persons based on their race, colour or ethnicity,” Justice MacKay wrote.

Justice MacKay also ruled that the tribunal had the authority to order the government to prepare an inventory of all federal laws, regulations and directives that discriminated against same-sex couples in employment-related benefits, along with proposals on how to revise them.

Hate Messages

In April 1998, the Supreme Court of Canada confirmed that the Commission could continue to seek injunctions from the Federal Court to shut down telephone lines with hate messages pending a hearing by a human rights tribunal. However, *CHRC v. Canadian Liberty Net* establishes a very strict standard for the grant of injunctions, in order to ensure that free speech is not unduly restricted.

In December 1991, the Commission had received several complaints alleging that Canadian Liberty Net and Tony McAleer operated a telephone answering service that played hate messages in contravention of section 13(1) of the Canadian Human Rights Act. These messages included denials of the existence or extent of the Holocaust; assertions that non-white “aliens” were importing crime and other problems into Canada; suggestions that violence would be helpful to correct problems caused by “aliens”; complaints about the alleged domination of the entertainment industry by Jews; and allegations that well-known leaders of the white supremacist movement were being persecuted.

The Commission applied to the Federal Court Trial Division for an injunction to stop the

respondents from placing these messages on their answering machine, pending a determination by the tribunal. Mr. Justice Muldoon granted the injunction. Meanwhile, the respondents changed their message to refer callers to a new service that operated from the United States. This line contained many of the same messages that the respondents had been previously ordered not to disseminate, and the Commission therefore sought and obtained a finding of contempt against them. The Federal Court of Appeal affirmed the finding of contempt, but found that Justice Muldoon did not have the jurisdiction to grant the earlier injunction. The Commission appealed the jurisdiction finding, and Tony McAleer and Canadian Liberty Net appealed the contempt order.

There were three issues before the Supreme Court: Did the Federal Court have jurisdiction to issue the injunction? Was the issuance of an injunction appropriate in this case? And finally, if the injunction was wrongly issued, could the defendants be held in contempt of court for a breach of the order?

Mr. Justice Michel Bastarache, for the majority, decided that the Federal Court had the authority to issue an injunction. The Federal Court Act and the Canadian Human Rights Act contain provisions that indicate that the Federal Court is to have a high degree of supervision over the Canadian Human Rights Tribunal. Justice Bastarache concluded that Parliament intended to grant general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. He relied upon his interpretation of section 44 of the Federal Court Act, which authorizes the Court to grant interlocutory injunctions “in addition to” other

forms of relief. Madam Justice Beverley McLachlin and Mr. Justice John Major dissented on this point, and found that the Federal Court did not have jurisdiction to issue freestanding injunctions.

Justice Bastarache ruled that since the injunction would prohibit the expression of opinion, it should be governed by the same principles that have developed in cases involving injunctions to restrain defamation. Under these rules, in order to obtain an injunction, it is necessary to show beyond any doubt that the impugned words violate the law, and an injunction should be issued only in the "rarest and clearest of cases." Since the injunction in this case had lapsed when the tribunal issued a "cease and desist" order in September 1993, he did not rule on whether the messages in this case would meet this test.

The Court was unanimous in finding that the respondents deliberately and knowingly violated the injunction order, and therefore upheld the finding of contempt. The Court rejected the respondents' arguments that the location of the telephone line in the United States brought it outside the jurisdiction of the Canadian court, because a significant portion of the activities that constituted contempt in this case occurred in Canada. The respondents advertised the American number on their Canadian telephone line, and this involved the communication of messages through the use of Canadian telecommunication systems. In contempt proceedings, the order must be considered valid until it is set aside by legal process. Thus, even if the injunction order was ultimately ruled to be invalid, that finding would provide no defence.

In future cases the Commission will need to establish that the contents of the messages clearly violate section 13 of the Act and are extremely harmful in order to obtain this kind of injunction. This decision may also serve as a precedent for other cases in which the Commission wants to stop other types of discriminatory activity pending a tribunal hearing.

In 1998, tribunal hearings continued into whether a California web site known as the "Zundelsite" violated the Canadian Human Rights Act. The case, *Zundel v. Attorney General*, is one of the first attempts to apply human rights law to information disseminated over the Internet. Ernst Zundel is accused of using his web site to promote hatred against Jews. A complaint was filed by the Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations and Sabina Citron, a founding member of the Canadian Holocaust Remembrance Association. Mr. Zundel has argued that the web site is operated and controlled in California by a resident of the United States. Citing Madam Justice McGillis in *Bell Canada v. CEPU (No. 6)*, a ruling on a pay equity complaint of Bell Canada workers that questioned the independence and impartiality of human rights tribunals, Mr. Zundel attempted to block the inquiry, without success. Mr. Justice Richard ruled that Mr. Zundel's concerns about the tribunal's impartiality should have been raised before the hearings began. Thirteen witnesses had already testified in the case, which began in the fall of 1997, and it was not in the "public interest" to halt human rights tribunals already under way.

On the legislative front, amendments to the Canadian Human Rights Act that came into

force on June 30, 1998 allow victims specifically identified in hate messages to receive compensation. The individuals responsible for disseminating hate propaganda may also be ordered to pay a penalty of up to ten thousand dollars.

Jurisdictional and Procedural Questions

The cases of *Charlebois v. CHRC and OC Transpo* and *Charlebois v. Amalgamated Transit Union* recognize the Commission's discretion in conducting its own investigation and establish whether the Commission has a right to rely upon the factual findings of other decision-making bodies.

Gilles Charlebois had his employment with OC Transpo terminated in 1990 for "gross insubordination." Shortly after his reinstatement, he began a lengthy medical leave, providing his employer with a doctor's certificate authorizing his absence from work because he had a psychiatric condition. Upon his return to work, Mr. Charlebois went on a previously scheduled week of holidays. After that, he was summoned to a disciplinary meeting with management, and two days later received notice that he was being terminated once again because he had failed to meet the conditions of his reinstatement or maintain an adequate level of performance.

Mr. Charlebois filed a human rights complaint against both his employer and his union. Initially, the Commission was reluctant to accept the complaint against the union because it was felt that there were insufficient grounds. Both complaints were subsequently dismissed. Mr. Charlebois appealed. The main issue raised in his application for judicial review was the

thoroughness of the Commission's investigation. He also alleged bias in the investigation of his complaint against the union, because the Commission's staff had originally advised him that his complaint would not be accepted, as he had failed to establish any link between his allegation and his disability.

After reviewing the relevant case law on the degree of neutrality and thoroughness required in an investigation by the Commission, Mr. Justice Campbell agreed that the investigation into OC Transpo's action was not thorough enough, and ordered that the complaint be referred back to a different investigator for further investigation. With respect to Mr. Charlebois's complaint against his union, Mr. Justice Campbell rejected Mr. Charlebois's allegation that the investigation was biased. During the course of the formal investigation, Mr. Charlebois had been accorded the "usual, if not attentive consideration," and the judge found no evidence of bad faith on the part of anyone who acted in his case.

Furthermore, the judge dismissed the allegation that the Commission had improperly fettered its own discretion by placing undue weight on the results of a Canada Labour Relations Board hearing into a grievance filed by Mr. Charlebois. "I do not believe that where a full evaluation of evidence has occurred by an independent tribunal on particular pertinent factual issues, as is the case here, it is necessary to duplicate that activity simply because the tribunal's jurisdictional focus is somewhat different ... If the facts found are on the basis of the same evidence, and the findings are made in a credible way, these findings can, and

should, be accepted to maintain an efficient and cost-effective investigation service,” he wrote. Mr. Charlebois failed to establish a connection between the way he was treated by certain members of his union and his disability, and therefore the Commission was correct in dismissing his complaint.

Last year’s Legal Report mentioned the case of *Perera v. Canada*, in which the Federal Court held that federal employees who have grounds for complaint under the Canadian Human Rights Act might also bring equality rights lawsuits under section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. In June, the Federal Court of Appeal confirmed that government employees alleging Charter breaches would not be restricted to the Canadian Human Rights Commission’s complaint process.

Dr. Ranjit Perera argued that his dismissal from his position as a senior development officer with the Canadian International Development Agency, or CIDA, was the culmination of a process of individual and systemic discrimination on the basis of race, national or ethnic origin, and colour. According to Dr. Perera, he was also denied promotions, received critical performance appraisals, and was placed on fewer overseas postings because of his race. Dr. Perera’s complaints of individual and systemic discrimination had been dismissed by the Commission, so he commenced a separate Charter action in the Federal Court seeking \$800,000 in damages, \$200,000 in punitive damages, a letter of apology, and an order directing CIDA to cease its discriminatory practices and to implement an employment equity program. Although the Federal Court was of the view that both human rights and Charter processes could be invoked

at the same time, the Court stated that it did not have the jurisdiction to grant a letter of apology or a systemic remedy in the form of an employment equity program.

The Federal Court of Appeal held that the litigants could pursue systemic remedies under section 24 of the Charter. Dr. Perera had asked that CIDA adopt a special program “designed to rectify the adverse effect of the discriminatory practices on visible minorities in CIDA,” and that CIDA implement an employment equity program that would “ensure that at least 20 per cent of all new appointments to senior management and at least 20 per cent of all new hires in CIDA be members of visible minorities.”

Mr. Justice Létourneau wrote that if courts find for a plaintiff in an action under the Charter, they must be free “to fashion the remedies that they deem appropriate in the circumstances.” Citing the Supreme Court decision in *Robichaud v. Canada*, he stated that “in cases where attitudes or behaviour need to be changed, an instrumental approach to remedies is necessary in order to enforce compliance with the purposes and objectives of human rights codes or legislation ... It necessarily follows, in my view, [that] the courts must have, under section 24 of the Charter, the power to impose similar remedies when they deem it appropriate.”

He also found that the trial judge further erred in striking out a paragraph seeking a letter of apology from the minister responsible for CIDA. The apology would by its nature contravene the Charter provision protecting freedom of expression, and consequently could only be granted if justifiable under section 1. That question, he said, could not be answered

in the abstract without knowledge of the circumstances of the case.

Although human rights proceedings have been criticized because complainants have limited control over the proceedings, are not guaranteed a hearing, and are not entitled to reasons if the complaint is dismissed, it is unlikely that many parties will choose to pursue their rights through Charter litigation, as the cost can be prohibitive.

As a result of the decision in *Canada (Attorney General) v. Magee*, and the decision of the Supreme Court in *Bell and Cooper*, the only avenue of recourse for those who have a complaint arising out of a pension plan established by an Act of Parliament before March 1978 is to seek a declaration that section 62 of the Canadian Human Rights Act is unconstitutional. The Commission itself does not have the power to determine the constitutional validity of the Act, and thus has no choice but to apply subsection 62(1).

Laurence Magee is the widow of Charles Magee, a former member of the Canadian Forces. In 1981, after 22 years of marriage, they separated. They never divorced and remained legally married until Charles Magee died in 1985, leaving his wife as sole beneficiary of his will. After his death, Mrs. Magee enquired about any pension entitlement she might have as the surviving widow of a member of the Canadian Forces. In 1986, the Treasury Board denied her application for a survivor's pension because she had been living apart from her husband at the time of his death. Laurence Magee filed two complaints with the Canadian Human Rights Commission, alleging that the Treasury Board and the Department of National Defence had

discriminated against her on the grounds of marital and family status. The Attorney General, acting for the respondents, appealed the Commission's decision to refer the case to a tribunal. The Attorney General argued that the Commission had exceeded its jurisdiction because section 62(1) of the Canadian Human Rights Act stated that the Act does not apply to pension plans and superannuation plans established before March 1, 1978. The Canadian Forces Superannuation Act, or CFSA, was enacted in 1959.

Counsel for the Commission argued that the numerous post-1978 amendments to the CFSA have had a transformative effect on the Act, such that the plan had been "re-created" or "re-established" after 1978 and was therefore within the Commission's jurisdiction. Human rights legislation, they said, should be broadly and purposively construed so as to advance and give effect to the object of the Canadian Human Rights Act, and should not operate as a bar to any enquiry into complaints that arise from the application of legislation that predates March 1978.

In response, the Attorney General contended that section 62(1) should be construed by its plain meaning, applying the doctrine of merger. Under the doctrine of merger, when a statute is amended, the new law merges with the old law; therefore, amending legislation is not tantamount to creating new legislation.

The judge held that the Commission erred in law and exceeded its jurisdiction by referring the complaint to a tribunal. The post-1978 amendments, even if taken collectively, did not create a new plan. "Given the fact that Parliament did not address the effect of legislative amendments on the pension or

superannuation plans which are the subject of section 62(1), I find no compelling reason to agree with the Commission's argument that the post-1978 amendments to the CFSA have the effect of bringing that Act within the Commission's jurisdiction, particularly in light of the applicability and appropriateness of the doctrine of merger," the judge stated.

The Federal Court followed the same reasoning in *Canada (Attorney General) v. Bigney*, holding that the Canada Pension Plan was also outside the Commission's jurisdiction. The Canada Pension Plan came into force on May 5, 1965. James Bigney, Kevin Cowie and

Michael Regnier filed complaints against Human Resources Development Canada, alleging discrimination on the basis of sexual orientation, because each was denied a surviving spouse's benefits under the Plan. The Commission had argued that a 1986 amendment to the Act, reducing the previously required cohabitation period from three years to one year, had significantly increased the pool of recipients of the plan, effectively creating a new and different plan. The Court held that the issues raised were identical to those canvassed in *Magee*, and that the outcome was therefore the same.

TABLE OF CASES

1. Aspects of Equality

Vriend v. Alberta, [1998] 1 S.C.R. 493.

Rosenberg v. Canada (Attorney General) (1998), 38 O.R.(3d) 577 (C.A.).

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission) (1998), 30 C.H.R.R. D/439 (B.C. S.C.).

2. Race, Colour, National or Ethnic Origin

Chopra v. the Department of Health (1998), 146 F.T.R. 106 (F.C.T.D.).

Bader v. Canada (The Department of National Health and Welfare) (1998), 31 C.H.R.R. D/268 (Human Rights Review Tribunal).

3. Age

Singh v. Statistics Canada, [1998] T.D. 8/98 (Canadian Human Rights Tribunal).

4. Sex

Franke v. Canadian Armed Forces (1998), T.D. 4/98 (Canadian Human Rights Tribunal).

Paul v. Canadian Broadcasting Corporation, [1998] T-431-97 (F.C.T.D.).

5. Pay Equity

Public Service Alliance v. Treasury Board of Canada (1998), T.D. 7/98 (Canadian Human Rights Tribunal).

Bell Canada v. CEPU (No. 5) (1998), 32 C.H.R.R. D/183 (F.C.T.D.).

Bell Canada v. CEP and CTEA, [1998] A-222-98 (F.C.A.).

Bell Canada v. CEPU (No. 6) (1998), 32 C.H.R.R. D/213 (F.C.T.D.).

PSAC v. Government of the Northwest Territories, [1998] No. T470/1097 (F.C.T.D.).

CUPE v. Canadian Airlines International and Air Canada (1998), T.D. 9/98 (Canadian Human Rights Tribunal).

6. Marital and Family Status

Jacobs and Jacobs v. Mohawk Council of Kahnawake (1998), T.D. 3/98 (Canadian Human Rights Tribunal).

7. Disability

Green v. Public Service Commission, Treasury Board and Human Resources Development Canada (1998), T.D. 6/98 (Canadian Human Rights Tribunal).

Canadian Civil Liberties Association v. Toronto-Dominion Bank (1998), 32 C.H.R.R. D/261 (F.C.A.).

Cramm v. CNR and Brotherhood of Maintenance of Way Employees (1998), T.D. 5/98 (Human Rights Review Tribunal).

8. Sexual Orientation

Moore and Akerstrom v. Treasury Board, [1998] T-1677-96 (F.C.T.D.).

9. Hate Messages

CHRC v. Canadian Liberty Net, [1998] 1 S.C.R. 626.

Zundel v. Attorney General, [1998] T-2765-96 (F.C.T.D.).

10. Jurisdiction and Procedural Questions

Charlebois v. CHRC and OC Transpo, [1998] T-57-95 (F.C.T.D.); *Charlebois v. CHRC and Amalgamated Transit Union*, [1998] T-2314-96 (F.C.T.D.).

Perera v. Canada, [1998] 3 F.C. 381 (C.A.).

Canada (Attorney General) v. Magee, [1998] 4 F.C. 546 (F.C.T.D.).

Canada (Attorney General) v. Bigney, [1998] F.C.J. No. 1336 (F.C.T.D.)(QL).

Key to Abbreviations

B.C. S.C.	Supreme Court of British Columbia
C.A.	Court of Appeal
C.H.R.R.	Canadian Human Rights Reporter
F.C.	Federal Court of Canada Reports
F.C.A.	Federal Court Appellate Division
F.C.T.D.	Federal Court Trial Division
F.T.R.	Federal Trial Reports
O.R.	Ontario Reports
QL	QuickLaw
S.C.R.	Canada Supreme Court Reports
T.D.	Tribunal Decision

B.C. S.C.	Supreme Court of British Columbia
C.A.	Cour d'appel
C.A.F.	Cour d'appel fédérale
C.F.	Recueils de jurisprudence de la Cour fédérale du Canada
C.F. 1 ^{re} inst.	Cour fédérale, Section de première instance
C.H.R.R.	Canadian Human Rights Reporter
D.T.	Décision du Tribunal
F.T.R.	Federal Trial Reports
O.R.	Ontario Reports
QL	QuickLaw
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Liste des abréviations

10. Questions de compétence et de procédure

Charlebois c. CDDP et OC Transpo, [1998] T-57-95 (C.F. 1^{re} inst.); *Charlebois c. CDDP et Annalynated Transit Union*, [1998] T-2314-96 (C.F. 1^{re} inst.).

Perra c. Canada, [1998] 3 C.F. 381 (C.A.).

Canada (Procureur général) c. Magee, [1998] 4 C.F. 546 (C.F. 1^{re} inst.).

Canada (Procureur général) c. Bigney, [1998] A.C.F. n° 1336 (C.F. 1^{re} inst.) (QL).

9. Messages haineux

Moore et Akervstrom c. Conseil du Trésor, [1998] T-1677-96 (C.F. 1^{re} inst.).

8. Orientation sexuelle

1. Aspects de l'égalité

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493.

Rosenberg c. Canada (Attorney General) (1998), 38 O.R.(3d) 577 (C.A.).

Blencoe c. British Columbia (Human Rights Commission) (1998), 30 C.H.R.R. D/439 (B.C. S.C.).

2. Race, couleur, origine nationale ou ethnique

Chopra c. ministre de la Santé (1998), 146 F.T.R. 106 (C.F. 1^{re} inst.).

Bader c. Canada (ministère de la Santé nationale et du Bien-être social) (1998), 31 C.H.R.R. D/268 (Tribunal d'appel).

3. Âge

Singh c. Statistique Canada, [1998] D.T. 8/98 (Tribunal canadien des droits de la personne).

4. Sexe

Frankc c. Forces armées canadiennes (1998), D.T. 4/98 (Tribunal canadien des droits de la personne).

Paul c. Société Radio-Canada, [1998] T-431-97 (C.F. 1^{re} inst.).

5. Parité salariale

Alliance de la fonction publique c. Conseil du Trésor du Canada (1998), D.T. 7/98 (Tribunal canadien des droits de la personne).

Bell Canada c. SCEP (n° 5) (1998), 32 C.H.R.R. D/183 (C.F. 1^{re} inst.).

Bell Canada c. SCEP et ACET, [1998] A-222-98 (C.A.F.).

Bell Canada c. SCEP (n° 6) (1998), 32 C.H.R.R. D/213 (C.F. 1^{re} inst.).

AFPC c. Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, [1998] Dossier n° T470/1097 (C.F. 1^{re} inst.).

SCFP c. Lignes aériennes Canadien International et Air Canada (1998), D.T. 9/98 (Tribunal canadien des droits de la personne).

6. État matrimonial et situation de famille

Jacobs et Jacobs c. Mohawk Council of Kabanawake (1998), D.T. 3/98 (Tribunal canadien des droits de la personne).

7. Déficience

Green c. Commission de la fonction publique, Conseil du Trésor et Développement des ressources humaines Canada (1998), D.T. 6/98 (Tribunal canadien des droits de la personne).

Association canadienne des libertés civiles c. Banque Toronto-Dominion (1998), 32 C.H.R.R. D/261 (C.A.F.).

Cramm c. Chemins de fer nationaux du Canada et Fraternité des préposés à l'entretien des voies (1998), D.T. 5/98 (Tribunal d'appel).

l'applicabilité et de la pertinence de la doctrine de la fusion en l'espèce.

La Cour fédérale a tenu le même raisonnement dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Bigney* pour conclure que le Régime de pensions du Canada échappait également à la compétence de la Commission. Le Régime est entré en vigueur le 5 mai 1965. James Bigney, Kevin Cowie et Michael Regnier avaient déposé des plaintes contre Développement des ressources humaines Canada, alléguant que le Ministère avait fait preuve à leur égard de discrimination

fondée sur l'orientation sexuelle parce que chacun d'eux s'était vu refuser des prestations de conjoint survivant en vertu du *Régime de pensions du Canada*. La Commission avait soutenu que la modification apportée au *Régime* en 1986 dans le but de ramener de trois ans à un an la période de cohabitation exigée avait suffisamment élargi le bassin des bénéficiaires pour créer de fait un régime nouveau et différent. La Cour a statué que les questions soulevées étaient identiques à celles de l'affaire *Magee* et que la même conclusion s'imposait.

retraite constitués avant le 1^{er} mars 1978. La *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes (LPRFC)* avait été promulguée en 1959.

Le procureur de la Commission a soutenu que les nombreuses modifications apportées à la *LPRFC* après 1978 avaient transformé celle-ci au point de la recréer après cette date et de l'assujettir, par conséquent, à la compétence de la Commission. Les mesures législatives relatives aux droits de la personne devraient être largement interprétées de façon à favoriser et à confirmer l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et ne devraient pas faire obstacle à l'examen de plaintes découlant de l'application de lois antérieures à mars 1978.

Le procureur général a soutenu, pour sa part, que le paragraphe 62(1) devrait être interprété dans son sens littéral, en appliquant la doctrine de la fusion. En vertu de cette doctrine, lorsqu'une loi est modifiée, la nouvelle version devient partie intégrante de l'ancienne loi et ne peut, par conséquent, être assimilée à une nouvelle loi.

Le juge a statué que la Commission avait commis une erreur de droit et outrepassé sa compétence en renvoyant la plainte à un tribunal. Même si elles sont prises collectivement, les modifications postérieures à 1978 ne créent pas un nouveau régime. Comme le Parlement n'avait pas jugé utile de mentionner les effets des modifications législatives sur les régimes de pension ou les caisses de retraite visés au paragraphe 62(1), le juge a conclu qu'il n'avait aucune raison impérieuse d'accepter l'argument de la Commission selon lequel les modifications apportées à la *LPRFC* après 1978 avaient pour effet d'assujettir cette loi à la compétence de la Commission, compte tenu surtout de

Par suite de la décision rendue dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Magee*, que nous exposons ci-dessous, et de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Bell et Cooper*, le seul recours des personnes qui ont à se plaindre d'un régime de pension établi par voie législative avant mars 1978 est de demander que l'article 62 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit déclaré inconstitutionnel. La Commission elle-même n'a pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de la *Loi* et n'a donc d'autre choix que d'appliquer les dispositions du paragraphe 62(1).

Laurence Magee est la veuve de Charles Magee, ancien membre des Forces canadiennes. En 1981, après 22 ans de mariage, le couple s'est séparé, sans jamais divorcer. En 1985, Charles Magee est décédé en laissant un testament dans lequel il avait désigné sa femme comme légataire universelle. Mme Magee s'est alors enquis de son droit à une pension à titre de conjointe survivante d'un membre des Forces canadiennes. En 1986, le Conseil du Trésor a rejeté sa demande de pension parce qu'elle ne vivait pas avec son mari au moment du décès de celui-ci. Laurence Magee a alors déposé deux plaintes auprès de la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant que le Conseil du Trésor et le ministre de la Défense nationale avaient fait preuve envers elle de discrimination fondée sur l'état matrimonial et la situation de famille. Le procureur général, agissant au nom des intimés, a fait appel de la décision de la Commission de renvoyer l'affaire à un tribunal des droits de la personne. Le procureur général a fait valoir que la Commission avait outrepassé sa compétence parce que le paragraphe 62(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* précise que la *Loi* ne s'applique pas aux régimes ou caisses de

systémique et individuelle fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la couleur. M. Perera a affirmé avoir été privé d'occasions de promotion, avoir été critiqué dans ses évaluations de rendement et avoir eu droit à moins d'affectations outre-mer à cause de sa race. La Commission ayant rejeté ses plaintes de discrimination individuelle et systémique, M. Perera a intenté une poursuite distincte en Cour fédérale, en vertu de la *Charte*, dans laquelle il réclamaît 800 000 \$ en dommages-intérêts, 200 000 \$ en dommages punitifs, une lettre d'excuses et une ordonnance imposant à l'ACDI de mettre fin à ses pratiques discriminatoires et de mettre en œuvre un programme d'équité en matière d'emploi. Même si la Cour fédérale était d'avis qu'on pouvait se prévaloir en même temps des recours prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et la *Charte*, elle a déclaré qu'elle n'avait pas compétence pour accorder une lettre d'excuses et une réparation systémique sous la forme d'un programme d'équité en matière d'emploi.

La Cour d'appel fédérale a statué que les plaigneurs peuvent tenter d'obtenir une réparation systémique en vertu de l'article 24 de la *Charte*. M. Perera avait demandé que l'ACDI adopte un programme spécial « conçu pour corriger les effets défavorables des actes discriminatoires sur les minorités visibles à l'ACDI » et que l'Agence mette en œuvre un programme d'équité en matière d'emploi qui garantirait qu'au moins 20 % de toutes les personnes nommées à la haute direction et au moins 20 % de tous les nouveaux employés engagés à l'ACDI soient des membres de minorités visibles.

Selon M. le juge Létourneau, si les tribunaux se prononcent en faveur d'un plaignant dans

une poursuite intentée en vertu de la *Charte*, il faudrait qu'ils « soient libres de lui accorder la réparation qu'ils estiment juste dans les circonstances. » Citant l'arrêt de la Cour suprême dans *Robichaud c. Canada*, il a déclaré que « dans le cas où des attitudes ou un comportement devaient être modifiés, une approche fonctionnelle à l'égard des réparations s'imposait afin de garantir le respect de l'esprit et de l'objet des codes et dispositions législatives en matière de droits de la personne ». Il a ajouté : « Il s'ensuit nécessairement, selon moi, que les tribunaux doivent posséder, en vertu de l'article 24 de la *Charte*, le pouvoir d'imposer des réparations semblables lorsqu'ils le jugent approprié. »

Le juge Létourneau a également conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en faisant radier un paragraphe qui demandait une lettre d'excuses du ministre responsable de l'ACDI. Une telle lettre peut, par sa nature, être contraire aux dispositions de la *Charte* protégeant la liberté d'expression et ne peut donc être accordée que si elle est justifiée en vertu de l'article premier. La question de la justification, a-t-il ajouté, ne peut être tranchée dans l'abstrait, sans connaître les circonstances de l'affaire.

Bien que les recours prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* aient été critiqués parce que les plaignants n'ont qu'un droit de regard limité sur le processus, n'ont pas la garantie d'être entendus et ne peuvent pas exiger de connaître les motifs d'un éventuel rejet de leur plainte, il est peu probable que beaucoup de personnes optent pour des poursuites en vertu de la *Charte* pour défendre leurs droits compte tenu du coût prohibitif de telles poursuites.

conditions de sa réintégration et n'avait pas maintenu un niveau de rendement suffisant.

M. Charlebois a déposé auprès de la

Commission des plaintes contre son employeur

et contre son syndicat. Au départ, la

Commission a hésité à accepter la plainte

contre le syndicat, estimant insuffisants les

motifs invoqués. Par la suite, elle a rejeté les

deux plaintes. M. Charlebois a interjeté appel,

invoquant essentiellement, comme motif de sa

demande de contrôle judiciaire, le manque

d'exhaustivité de l'enquête de la Commission.

Il a également allégué un parti pris du fait que

le personnel de la Commission l'avait informé

au départ que sa plainte contre le syndicat ne

serait pas acceptée parce qu'il n'avait pas réussi

à établir un lien entre ses allégations et son

incapacité.

Après examen de la jurisprudence pertinente

concernant le degré de neutralité et

d'exhaustivité requis dans le cadre d'une

enquête de la Commission, M. le juge

Campbell a convenu que l'enquête sur les

mesures prises par OC Transpo n'avait pas été

assez exhaustive et a ordonné que la plainte

soit renvoyée à un autre enquêteur pour

complètement d'examen. Au sujet de la plainte

de M. Charlebois contre son syndicat, le juge

Campbell a rejeté l'allégation du plaignant

selon laquelle les résultats de l'enquête

témoignaient d'un parti pris : au cours de

l'enquête officielle, M. Charlebois a eu droit à

la considération habituelle, sinon à un

traitement plus attentif, et il n'y a aucune

preuve de mauvaise foi ou de parti pris de la

part de quiconque s'est occupé de cette affaire.

De plus, le juge Campbell a rejeté l'allégation

selon laquelle la Commission aurait indûment

entravé l'exercice de son propre pouvoir

discretionnaire en accordant trop d'importance

aux résultats de l'audition du grief de

M. Charlebois par le Conseil canadien des

relations du travail. Selon le juge, si un tribunal

indépendant a procédé à une pleine évaluation

de la preuve relative à certaines questions de

fait pertinentes, comme c'est le cas dans cette

affaire, il n'est pas nécessaire de recommencer

cette évaluation simplement parce que le

champ de compétence du tribunal est quelque

peu différent. Si les faits constatés reposent sur

les mêmes preuves et que les conclusions sont

tirées d'une manière crédible, ces conclusions

peuvent et doivent être acceptées, afin de

maintenir un service d'enquête efficace et

économique. Le juge Campbell a déclaré que

M. Charlebois n'avait pas réussi à établir un

lien entre la façon dont l'ont traité certains

membres de son syndicat et son incapacité, et

s'est donc dit d'accord avec la décision de la

Commission de rejeter sa plainte.

L'année dernière, le rapport juridique rendait

compte de l'affaire *Perrera c. Canada*, dans

laquelle la Cour fédérale avait statué que les

employés ayant des sujets de plainte en vertu

de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*

pouvaient également tenter des procès pour

défendre leur droit à l'égalité en vertu de

l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et*

libertés. En juin, la Cour d'appel fédérale a

confirmé que les fonctionnaires alléguant des

violations de la *Charte* ne sont pas limités au

processus de traitement des plaintes de la

Commission canadienne des droits de la

personne.

M. Ranjit Perrera avait soutenu que son renvoi

du poste d'agent principal de développement à

l'Agence canadienne de développement

international (ACDI) était le point culminant

d'un processus continu de discrimination

amorcée à l'automne 1997, et il n'était pas dans l'intérêt public de suspendre une procédure devant un tribunal des droits de la personne une fois les audiences commencées.

Sur le front législatif, de nouvelles modifications à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui sont entrées en vigueur le 30 juin 1998, permettent aux victimes nommément désignées dans des messages haineux de recevoir une indemnité. Les personnes responsables de la diffusion de messages de propagande haineuse peuvent également être condamnées à des amendes atteignant 10 000 \$.

Questions de compétence et de procédure

Les causes qui suivent, *Charlebois c. CCDP et OC Transpo et Charlebois c. CCDP et Transit Union*, reconnaissent le pouvoir discrétionnaire de la Commission dans la conduite de ses propres enquêtes et établissent si la Commission a le droit de se fonder sur les conclusions de fait d'autres organes décisionnels.

En 1990, Gilles Charlebois avait été congédié une première fois de son poste à OC Transpo pour insubordination flagrante. Peu de temps après sa réintégration, il est parti pour un long congé de maladie et a présenté à son employeur un certificat médical autorisant son absence du travail en raison de troubles psychiatriques. À son retour au travail, M. Charlebois a pris une semaine de congé annuel qui avait été autorisée auparavant. Par la suite, il a été convoqué à une réunion disciplinaire avec la direction et, deux jours plus tard, il a été informé une fois de plus qu'il était renvoyé parce qu'il ne s'était pas conformé aux

éventuelle ne constitue pas un moyen de défense admissible.

Pour obtenir ce genre d'injonction à l'avenir, la Commission devra établir que le contenu des messages enfreint clairement les dispositions de l'article 13 et est extrêmement préjudiciable. La décision rendue dans cette affaire pourrait également servir de précédent dans d'autres cas où la Commission voudra mettre fin à des actes discriminatoires en attendant l'instruction d'une cause par un tribunal.

En 1998, un tribunal a poursuivi ses audiences visant à déterminer si un site Web californien connu sous le nom de *Zundel* enfreint les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'affaire *Zundel c. Procureur général* est l'une des premières tentatives d'appliquer les mesures législatives relatives aux droits de la personne à la diffusion d'information sur Internet. Ernst Zundel est accusé d'utiliser son site Web pour propager la haine des juifs. Une plainte avait été déposée à ce sujet par le Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations et par Sabina Citron, membre fondatrice de la Canadian Holocaust Remembrance Association. M. Zundel avait soutenu que le site Web était exploité et contrôlé en Californie par un résident des États-Unis. Se fondant sur la décision *Bell Canada c. SCP* (n° 6) rendue par Mme le juge McGillis dans la plainte de disparité salariale des employés de Bell Canada, qui mettait en doute l'indépendance et l'impartialité des tribunaux des droits de la personne, M. Zundel a tenté en vain de mettre un terme aux audiences du tribunal. M. le juge Richard a statué que M. Zundel aurait dû formuler ses préoccupations quant à l'impartialité du tribunal avant le début des audiences. Treize témoins avaient déjà déposé dans l'affaire,

réparation ». Dans une opinion dissidente sur ce point, M^{me} le juge Beverley McLachlin et M. le juge John Major ont déclaré que la Cour fédérale n'a pas compétence pour accorder des injonctions « autonomes ».

Le juge Bastarache a déclaré que, comme l'injonction interdirait l'expression d'une opinion, elle devait être régie par les mêmes règles que les injonctions relatives à la diffamation. En vertu de ces règles, il est nécessaire, pour obtenir une injonction, de prouver au-delà de tout doute que les propos litigieux sont contraires à la loi, et l'injonction ne devrait être accordée que dans les cas « les plus manifestes, et extrêmement rares ».

Comme en l'espèce, l'injonction avait expiré lorsque que le tribunal a rendu une ordonnance « de cesser et de s'abstenir » en septembre 1993, le juge ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si les messages répondaient à ce critère.

La Cour a été unanime à déclarer que les intimés avaient, délibérément et en toute connaissance de cause, enfreint l'injonction et a donc confirmé la déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal. Elle a rejeté l'argument des intimés selon lequel une ligne téléphonique se trouvant aux États-Unis échappait à la compétence des tribunaux canadiens, parce qu'une importante partie des actes ayant mené à la déclaration d'outrage au tribunal avait été accomplie au Canada. Les intimés annonçaient le numéro américain sur la ligne téléphonique canadienne, et la communication des messages faisait intervenir les services de télécommunications canadiens. Aux fins des procédures pour outrage au tribunal, l'ordonnance doit être considérée comme valide jusqu'à son annulation par les voies de justice. Par conséquent, son invalidité

message, de façon à renvoyer les personnes qui appelaient à un nouveau service fourni à partir des États-Unis. Ce service donnait accès à bon nombre des mêmes messages que les intimés avaient reçu l'ordre de cesser de véhiculer. La Commission a alors demandé et obtenu contre les intimés une déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette déclaration de culpabilité, mais a conclu que le juge Muldoon n'avait pas compétence pour accorder l'injonction interlocutoire. La Commission a fait appel de la conclusion de la Cour d'appel fédérale au sujet de la compétence, tandis que Tony McAlcer et Canadian Liberty Net interjetaient appel de l'ordonnance pour outrage au tribunal.

La Cour suprême devait se prononcer sur trois questions : La Cour fédérale avait-elle compétence pour accorder l'injonction ? Était-il approprié d'accorder une injonction en l'espèce ? Et enfin, si l'injonction a été accordée à tort, les défendeurs pouvaient-ils être déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir enfreint l'ordonnance ?

Écrivant au nom de la majorité, M. le juge Michel Bastarache a statué que la Cour fédérale avait compétence pour accorder une injonction. Il ressort des dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* que la Cour fédérale exerce une supervision importante sur le Tribunal canadien des droits de la personne. Le juge Bastarache en conclut que le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Il fonde cette conclusion sur son interprétation de l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui autorise la Cour à accorder des injonctions interlocutoires » indépendamment de toute autre forme de

Messages haineux

En avril 1998, la Cour suprême du Canada a confirmé que la Commission pouvait continuer à demander à la Cour fédérale des injonctions interlocutoires permettant d'interrompre la transmission de messages téléphoniques haineux en attendant l'instruction d'une cause par un tribunal. Toutefois, la décision rendue par la Cour dans *CCDP c. Canadian Liberty Net* a établi un critère très strict pour l'octroi de telles injonctions afin d'éviter de restreindre indûment la liberté de parole.

En décembre 1991, la Commission avait reçu plusieurs plaintes concernant un service de réponse téléphonique exploité par le Canadian Liberty Net et un dénommé Tony McAlcer, qui véhiculait des messages haineux en violation du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Certains de ces messages niaient l'existence ou l'ampleur de l'Holocauste, affirmaient que les « étrangers » non blancs apportaient avec eux au Canada la criminalité et d'autres problèmes, suggéraient que le recours à la violence pourrait être utile pour remédier aux problèmes causés par les « étrangers », protestaient contre la supposée domination de l'industrie du spectacle par les juifs et s'indignaient de la prétendue persécution de dirigeants bien connus du mouvement d'affirmation de la suprématie blanche.

La Commission a alors demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale une injonction interdisant à Liberty Net et à Tony McAlcer de diffuser de tels messages téléphoniques jusqu'à ce que le tribunal des droits de la personne statue sur l'affaire. M. le juge Muldoon a accordé l'injonction. Entre-temps, les intimés avaient modifié leur

tribunal est habilité à reconsidérer ses décisions pour s'assurer que les mesures correctives qu'il avait prescrites avaient effectivement été mises en œuvre. Il a ajouté que, dans son opinion majoritaire dans *Egan c. Canada*, la Cour suprême avait établi un critère auquel devait satisfaire la définition de conjoint pour répondre aux exigences de la *Charte*, à savoir qu'elle ne devait comporter aucune mention de « sexe opposé ». Le juge MacKay a également déclaré que l'employeur a créé un régime « distinct mais égal », qui établit une distinction entre les diverses relations sur la base de l'orientation sexuelle des personnes qui y participent. Le régime demeurerait donc discriminatoire même s'il assurait les mêmes prestations, a affirmé le juge, qui a comparé ce régime à l'« infâme doctrine » qui avait permis de maintenir la ségrégation raciale aux États-Unis. Selon le juge MacKay, il ne convenait pas plus à l'employeur, dans ce cas, d'avoir établi une définition distincte des personnes participant à une relation homosexuelle qu'il n'aurait convenu à un employeur de créer des définitions distinctes de relations entre personnes sur la base de leur race, de leur couleur ou de leur origine ethnique.

Le juge MacKay a également statué que le tribunal avait le pouvoir d'ordonner au gouvernement de dresser une liste des lois, directives et règlements fédéraux comportant des dispositions discriminatoires concernant les avantages sociaux accordés aux couples homosexuels, et de formuler des propositions sur la façon de les réviser.

Dans l'affaire *Moore et Akersstrom c. Conseil du Trésor*, un tribunal des droits de la personne avait conclu en 1996 que le gouvernement fédéral devait étendre les avantages de son régime de soins médicaux et dentaires aux partenaires de même sexe de ses employés. Dale Akersstrom s'était vu refuser des prestations médicales familiales. Stanley Moore, un agent du service extérieur, n'avait pas non plus réussi à obtenir pour son partenaire des frais de réinstallation et de logement et des prestations médicales et dentaires lorsqu'il avait été affecté en Indonésie en 1991. Le tribunal avait ordonné au gouvernement de dresser une liste des lois, règlements et directives comportant une définition discriminatoire de « conjoint » et de cesser d'appliquer cette définition dans les régimes existants et les conventions collectives si elle limitait l'application de ce terme aux conjoints de sexe opposé. Le gouvernement avait refusé de modifier la définition de conjoint dans les conventions collectives et avait plutôt créé une catégorie distincte de partenaires de même sexe », ce qui obligeait les intéressés à déclarer publiquement une relation homosexuelle pour pouvoir bénéficier des avantages sociaux. Par la suite, le tribunal s'est reconstruit pour préciser les réparations accordées et a statué que la création d'une catégorie distincte pour les partenaires de même sexe ne satisfaisait pas aux dispositions de l'ordonnance antérieure. Les définitions de « conjoint » ou de « partenaire en union de fait » devaient être interprétées comme si les mots « du sexe opposé » ou toute mention de sexe étaient absents. Le Conseil du Trésor a fait appel de cette décision devant la Cour fédérale.

M. le juge MacKay a répondu au premier motif d'appel du gouvernement en affirmant que le

subiraient vraisemblablement des répercussions négatives par suite de l'application des dispositions de la convention collective. En fait, l'intimée n'a même pas produit une preuve statistique établissant que le groupe de comparaison existait. La notion que le même traitement n'équivalait pas toujours à un traitement égal semble avoir échappé au tribunal.

La Commission est d'avis que cette conception de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable place un obstacle de plus sur le chemin des personnes ayant une déficience temporaire ou permanente et qu'elle n'est pas conforme aux principes d'interprétation devant être appliqués aux lois touchant les droits de la personne. Le raisonnement tenu en l'espèce pourrait empêcher d'autres tribunaux de conclure à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans des affaires d'équité en matière d'emploi ou des causes liées à des tests d'aptitude physique ou des exigences concernant la taille, puisqu'il pourrait être extrêmement difficile de prouver que les plaignants, dans ces cas, ont subi une « perte qualitative » plus importante que celle d'autres groupes. La Commission a demandé un contrôle judiciaire de la décision.

Orientation sexuelle

Dans une autre victoire judiciaire pour les gays et les lesbiennes, un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale a dit au gouvernement fédéral qu'il ne pouvait pas établir un régime « distinct mais égal » de soins médicaux et dentaires pour les fonctionnaires homosexuels et qu'il devait intégrer ces fonctionnaires dans les programmes existants en modifiant la définition de « conjoint » de façon à y inclure les couples homosexuels.

Le juge en chef a conclu en outre que le programme de réadaptation constituait une mesure d'adaptation raisonnable.

C'était là le second jugement rendu en 1998 qui déclarait le programme de dépistage d'une grande société contraire à la *Loi*. En février, le programme de dépistage de l'alcool et de la drogue de la Compagnie pétrolière impériale Ltée avait été jugé incompatible avec les dispositions du *Code des droits de la personne* de l'Ontario. La Banque Toronto-Dominion a depuis renoncé à son programme de dépistage de drogues.

En juin, dans l'affaire *Cramm c. Chemin de fer nationaux du Canada et Fraternité des préposés à l'entretien des voies*, un tribunal d'appel a infirmé une décision antérieure selon laquelle le Canadien National et un syndicat avaient fait preuve de discrimination envers des employés ayant une incapacité, dans le calcul de leur période de service. Barry Cramm, ancien soudeur d'une filiale du Canadien National, avait été gravement brûlé dans un accident du travail qui l'avait empêché d'exercer ses fonctions entre septembre 1980 et mars 1984. En 1988, son employeur, Terra Transport, a cessé ses activités lorsque le chemin de fer de Terre-Neuve a été fermé. En vertu du Régime de garantie d'emploi et de revenu négocié par le syndicat, les employés permanents qui avaient huit ans de service ou plus pouvaient obtenir un emploi ou continuer à recevoir leur plein salaire jusqu'à l'âge de 55 ans. Les employés ayant moins de huit ans de service obtenaient le remboursement de leurs cotisations au régime de pension. La société a refusé de compter comme période de service les trente mois pendant lesquels M. Cramm n'avait pas pu travailler par suite de ses blessures. Il lui manquait donc cinq mois pour

Le tribunal de première instance s'était prononcé en faveur de M. Cramm, estimant que la formule appliquée par le Canadien National pour calculer les années de service était contraire à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'obligation de travailler une journée par année civile était discriminatoire parce qu'elle pénalisait les employés ayant une incapacité de longue durée. La limite de 100 jours était également discriminatoire parce qu'elle établissait un régime différent entre les personnes ayant une incapacité selon que celle-ci était à court ou à long terme.

Le tribunal d'appel a jugé que le Régime de garantie d'emploi et de revenu n'établissait pas une distinction préjudiciable aux employés sur la base de la déficience et, par conséquent, que la Commission n'avait pas réussi à établir une preuve *prima facie* de discrimination. Il semble avoir basé sa décision sur une affirmation théorique selon laquelle les personnes devant faire partie d'un jury, assister à des réunions de comité ou comparative devant un tribunal à titre de témoins auraient subi le même préjudice que M. Cramm ou d'autres personnes qu'une déficience aurait empêché de travailler, si elles s'étaient absentées plus de 100 jours au cours d'une année civile. Comme les membres de ce groupe de comparaison, qui échappaient à la *Loi* parce qu'ils ne s'inscrivent pas dans une catégorie protégée, auraient subi le même « effet qualitatif » sur le calcul de leur période de service que les employés ayant une déficience, il était impossible de conclure à l'existence d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Le tribunal d'appel a trouvé sans conséquence le fait qu'un plus grand nombre d'employés ayant une incapacité

atteindre le seuil de huit ans et il n'était ainsi admissible qu'à une indemnité réduite.

doit pas être appliquée au hasard. Elle doit plutôt être liée au rendement professionnel de l'employé, sauf peut-être dans les industries où la sécurité est essentielle. « Si un employé ne consomme pas de drogues au travail, et si son rendement satisfait aux exigences de l'employeur, la déficience ne pose pas de problèmes. Toutefois, si le rendement de l'employé laisse à désirer et si la Banque croit que ce mauvais rendement est attribuable à sa dépendance envers la drogue, en pareil cas (et uniquement en pareil cas) la Banque devrait pouvoir faire subir un test à l'employé et, au besoin, l'envoyer à un programme de réadaptation ou de counselling quelconque. » Même si le programme de réadaptation offert par la Banque est conforme à l'obligation de prendre des mesures d'adaptation raisonnables, la politique ne répond pas au critère parce que la réadaptation ne découle pas d'une évaluation du rendement professionnel de l'employé.

Dans une opinion dissidente, le juge en chef Isaac a déclaré que la politique de la Banque n'était pas discriminatoire et qu'elle constituait « une règle d'emploi qui a honnêtement été adoptée pour des raisons économiques ou commerciales ». Tout en convenant que la politique constituait une forme de discrimination indirecte, par effet préjudiciable, il a estimé que la Banque avait réussi à établir l'existence d'un lien rationnel entre la politique et le rendement au travail. « ... en adoptant sa politique, [la Banque] cherchait à assurer un milieu de travail sain, sécuritaire et productif pour tous les employés, à protéger ses fonds ainsi que ceux des clients et des employés et les renseignements financiers y afférents et à maintenir sa réputation. La politique reconnaît également l'effet des drogues sur le rendement au travail en ce qui concerne la vigilance, la perception et les autres aptitudes de travail. »

sujet de la capacité de l'employé d'accomplir le travail en question. »

Tout comme le juge Robertson, le juge McDonald a trouvé que la politique de la Banque était, à première vue, discriminatoire à l'égard des employés toxicomanes, mais il a estimé que la discrimination était indirecte. Pour lui, la politique de dépistage touchait autant les employés qui consommaient de la drogue à l'occasion que ceux qui avaient atteint le stade de la toxicomanie. Comme elle visait à découvrir tous les consommateurs, mais ne se répercutait négativement que sur les toxicomanes, elle n'était qu'indirectement discriminatoire.

Le juge McDonald a conclu que la politique n'était pas rationnellement liée à l'objectif d'un rendement professionnel optimal parce qu'elle ne s'appliquait qu'aux nouveaux employés et que rien ne prouvait que la consommation de drogue se répercutait sur le rendement des employés au travail. « Si la Banque s'inquiétait réellement de la corrélation qui existe entre la consommation de drogue et le rendement ou la responsabilité des employés, a écrit le juge McDonald, elle aurait adopté une règle prévoyant des tests de dépistage effectués au hasard s'appliquant à tous les employés, y compris les employés occupant des postes à des niveaux supérieurs. Elle aurait également procédé à des tests permettant de déceler la présence de diverses autres drogues. [...] le fait que des quantités négligeables de drogue sont décelées chez un employé ne veut pas dire que ce dernier n'est pas productif ou qu'il est sur le point de commettre une infraction criminelle liée à son travail. »

Selon le juge McDonald, pour qu'une politique de dépistage de la drogue soit légale, elle ne

financière. Pour le juge Robertson, cet argument serait peut-être plus convaincant s'il s'appliquait à des agents de la paix ou à des athlètes professionnels ou amateurs. Cependant, je ne puis voir comment il étaye la preuve de la Banque. Toute relation de travail est fondée sur l'intégrité. La question de savoir si cela a une importance cruciale pour les banques ou, comme il a été allégué, si les banques ont des préoccupations spéciales, est dans une large mesure non justifiable. » Par conséquent, la Banque n'a pas réussi à démontrer que le dépistage de drogues constitue une exigence professionnelle pouvant justifier l'imposition d'une règle d'emploi discriminatoire.

Envisageant la possibilité qu'il ait eu tort de conclure à la « discrimination directe », le juge Robertson a déclaré que la politique constituait également une forme de discrimination indirecte, qui ne saurait être justifiée que si la Banque pouvait démontrer qu'elle était « rationnellement liée » au rendement professionnel. Une fois qu'il a établi l'existence d'un lien rationnel, l'employeur doit prouver qu'il a pris des mesures d'adaptation raisonnables à l'égard des employés touchés par la politique, sans toutefois s'imposer des contraintes excessives. Dans l'affaire en question, « il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve permettant d'établir l'existence d'un problème de toxicomanie au sein de la Banque, [...] il n'y a pas de corrélation entre la consommation de drogues illégales et la criminalité et [...] il n'existe pas d'éléments de preuve à l'appui » établissant un lien rationnel entre la politique et le rendement au travail. « ... au mieux, la politique de la Banque montre si l'employé a utilisé certaines drogues illégales au cours d'une période donnée. Pareil renseignement ne révèle rien au

« raisonnablement nécessaire » ou s'il n'y a pas pas lieu d'exister, que l'employeur soit ou non de « lien rationnel » avec le rendement, elle n'a disposé à satisfaire à l'obligation d'adaptation. Une politique visant à établir un milieu de travail exempt de drogue va nécessairement avoir un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue, a conclu le juge Robertson. La question est de savoir si la discrimination est directe ou indirecte, car chaque cas fait appel à des arguments et à des moyens de défense différents.

Le juge Robertson a noté que la discrimination indirecte est de nature accidentelle, étant la conséquence d'une politique en apparence neutre. Selon lui, une règle d'emploi neutre est plus susceptible d'être axée sur la manière dont un travail est accompli que de viser à découvrir des personnes qu'on croit incapables de bien s'acquitter de leurs fonctions en raison d'une déficience. La politique de dépistage de drogues de la Banque ne peut donc pas être considérée comme une règle d'emploi neutre parce qu'elle vise tout particulièrement à écarter les employés ayant une dépendance envers la drogue.

Le juge Robertson s'est ensuite demandé si la Banque pouvait défendre sa politique en invoquant une exigence professionnelle justifiée. Pour établir une telle exigence, la Banque aurait dû prouver que la politique a été mise en œuvre de bonne foi et qu'elle était raisonnablement nécessaire à l'exécution du travail. La Banque avait soutenu que le dépistage de la drogue était nécessaire pour réduire les risques de criminalité interne, améliorer le rendement au travail et maintenir la confiance du public dans l'intégrité et l'honnêteté de la Banque, à titre d'institution

professionnel. Toutes les parties en cause — la Banque, l'Association canadienne des libertés civiles et la Commission canadienne des droits de la personne — ont interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel fédérale.

Par une majorité de deux contre un, la Cour a conclu que la politique de la Banque constituait une pratique discriminatoire violant l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et a ordonné le renvoi de l'affaire devant un tribunal pour réexamen. Malheureusement, les juges Robertson, McDonald et Isaac n'ont pas pu s'entendre sur la nature de la discrimination occasionnée par la politique de dépistage de drogues de la Banque. Selon les juges

McDonald et Isaac, cette politique était indirectement discriminatoire, ce qui signifie qu'elle était neutre en apparence, mais avait un effet préjudiciable sur un groupe particulier de personnes. Pour sa part, le juge Robertson a estimé que la politique était directement discriminatoire parce qu'elle ciblait particulièrement les personnes ayant une dépendance envers la drogue, lesquelles constituent un groupe protégé en vertu de la *Loi*.

Pour le juge Robertson, le tribunal a commis une erreur en concluant que l'Association canadienne des libertés civiles n'avait pas établi une preuve *prima facie* de discrimination. Le tribunal avait fondé sa décision sur la conviction erronée que le fait, pour l'employeur, de plaider avec succès l'adaptation raisonnable rendait non discriminatoire ce qui constituait à première vue de la discrimination. L'adaptation est un moyen de défense contre les allégations de discrimination, mais elle ne change rien au caractère discriminatoire de l'acte considéré. De plus, le tribunal n'a pas su reconnaître que si une règle d'emploi n'est pas

pour préjudice moral. Le gouvernement a fait appel de la décision.

En juillet, la Cour d'appel fédérale a statué, dans *Association canadienne des libertés civiles c. Banque Toronto-Dominion*, que la politique de dépistage de drogues préalable à l'emploi adoptée par la Banque Toronto-Dominion était discriminatoire envers les personnes ayant une déficience et, par conséquent, contraire à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Banque Toronto-Dominion était la seule banque canadienne à imposer des tests de dépistage de drogues, mais le jugement pourrait s'appliquer aux politiques semblables d'autres employeurs canadiens.

D'après la politique de la Banque, tous les nouveaux employés ainsi que ceux qui étaient réembauchés après une période d'absence de trois mois étaient tenus de se soumettre à un test d'urine, dans les 48 heures suivant l'acceptation d'une offre d'emploi. Les employés qui refusaient le test étaient congédiés pour refus de se conformer à une condition d'emploi. Ceux dont le test était positif et qui étaient reconnus comme toxicomanes pouvaient perdre leur emploi s'ils refusaient de participer à un programme de traitement financé par la Banque ou si le traitement ne réussissait pas.

Un tribunal avait déjà conclu dans une décision antérieure que la politique était légale en dépit d'éléments de preuve établissant que des employés avaient été congédiés à cause de leur dépendance. Par la suite, la Cour fédérale a partiellement confirmé la décision, mais a renvoyé l'affaire au tribunal pour un nouvel examen parce qu'il ne s'était pas prononcé sur la question de savoir si la politique de dépistage avait un « lien rationnel » avec le rendement

Le tribunal a conclu qu'une preuve *prima facie* d'application des propres directives relatives aux droits de la personne et à l'équité en matière d'emploi. »

Le tribunal a ordonné au Conseil du Trésor de créer dans les six mois, en collaboration avec la Commission canadienne des droits de la personne, un programme de formation à l'intention de tout son personnel sur les mécanismes permettant de tenir compte des besoins des personnes ayant un trouble d'apprentissage au travail. Ce programme devait servir à former le personnel du Conseil du Trésor, de la Commission de la fonction publique et de Développement des ressources humaines Canada. De plus, la CFP devait élaborer une autre méthode pour vérifier l'aptitude des personnes ayant un trouble d'apprentissage à suivre un programme de formation linguistique. Le tribunal a également ordonné la mise en place d'une procédure permettant de revoir les cas de déficience qui ne semblent pas pouvoir s'inscrire dans les paramètres des politiques ou procédures déjà établies.

Le tribunal a conclu qu'une preuve *prima facie* d'application des propres directives relatives aux droits de la personne et à l'équité en matière d'emploi. »

Le tribunal a ordonné au Conseil du Trésor de créer dans les six mois, en collaboration avec la Commission canadienne des droits de la personne, un programme de formation à l'intention de tout son personnel sur les mécanismes permettant de tenir compte des besoins des personnes ayant un trouble d'apprentissage au travail. Ce programme devait servir à former le personnel du Conseil du Trésor, de la Commission de la fonction publique et de Développement des ressources humaines Canada. De plus, la CFP devait élaborer une autre méthode pour vérifier l'aptitude des personnes ayant un trouble d'apprentissage à suivre un programme de formation linguistique. Le tribunal a également ordonné la mise en place d'une procédure permettant de revoir les cas de déficience qui ne semblent pas pouvoir s'inscrire dans les paramètres des politiques ou procédures déjà établies.

Le tribunal a rejeté les arguments de la Commission de la fonction publique selon lesquels elle aurait été incapable de tenir compte de la déficience de Nancy Green parce qu'elle n'était pas au courant de son trouble d'apprentissage au moment où elle a subi le test. Il a aussi rejeté l'argument de l'intimé selon lequel l'obstacle était dû non pas au test lui-même, mais à la déficience. Il a conclu que la preuve semblait « indiquer un défaut de compréhension de la nature des troubles d'apprentissage et des mesures efficaces à prendre pour en tenir compte. »

Le tribunal a poursuivi en disant : « Ce défaut de compréhension pourrait expliquer l'incapacité générale d'adapter les belles théories concernant les droits de la personne aux méthodes pratiques instaurées à tous les paliers pour les réaliser. [...] Les employés intéressés [...] avaient reçu peu de formation, s'ils en avaient reçu, sur la théorie de l'accommodement [principe de l'adaptation]. » Il a estimé que les difficultés découlant de la partie de la structure hiérarchique de la fonction publique et des problèmes de communication qui semblaient généralisés. « ... Les attitudes et les pratiques existantes créaient une situation [...] empêchant la

Compte tenu du fait que la carrière de Nancy Green a été gravement compromise, au point de « ne pas évoluer pendant dix ans » après son échec au test d'aptitude en français, le tribunal a ordonné qu'elle soit promue immédiatement au niveau auquel elle essayait d'accéder, puis qu'elle soit nommée sans concours dans la catégorie de la direction dès qu'un poste deviendrait vacant et qu'elle aurait suivi la formation nécessaire. L'ordonnance du tribunal imposait également que Mme Green soit admise à un programme de formation linguistique à plein temps financé par l'administration fédérale, soit indemnisée pour le salaire perdu et reçoive une indemnité spéciale de 5 000 \$

la structure grammaticale. La plaignante ne pouvait pas comprendre les mots s'ils étaient sortis de leur contexte. Aussi, elle avait échoué au test destiné à mesurer son aptitude à apprendre le français. M^{me} Green n'était pas consciente de son trouble d'apprentissage lorsqu'elle s'était présentée au test d'aptitude de la CFP. Son trouble, « la dyslexie dans le traitement des informations auditives », a été diagnostiqué après son échec. En dépit du fait qu'elle avait appris suffisamment le français, grâce à une formation linguistique à temps partiel, pour être probablement en mesure de recevoir un « pronostic positif » de la CFP et, par conséquent, de suivre la formation à temps plein en langue seconde financée par l'administration fédérale, aucune mesure n'a jamais été prise pour réévaluer sa situation. Par la suite, elle a été rétrogradée après une nomination intérimaire au poste de gestionnaire du Service de counselling, Équité en matière d'emploi.

En septembre 1989, Nancy Green portait plainte auprès de la Commission canadienne des droits de personne, alléguant qu'elle n'avait pas été promue à cause de sa déficience. Elle déposait une plainte de discrimination systémique contre le Conseil du Trésor, selon laquelle ce dernier aurait établi une politique nuisant aux chances d'emploi des personnes ayant une déficience. La politique en question fixait une limite de temps pour terminer la formation à plein temps en langue seconde financée par l'administration fédérale. M^{me} Green déposait également une plainte contre la CFP, où elle soutenait avoir été privée de la formation linguistique voulue en français et d'une promotion par suite du « pronostic négatif » qu'elle avait obtenu au test d'aptitude en langue seconde de la Commission.

La raison, de l'âme et de l'esprit et qui ne peut donc faire l'objet d'ordonnances. Peu importe ce que nous pourrions décréter, nous ne pourrions jamais "faire" de Peter et de Trudy des membres de cette collectivité. Cette prérogative appartient exclusivement à la collectivité en question. »

Déficience

La Loi canadienne sur les droits de la personne comporte à présent une mention explicite de l'obligation faite aux employeurs de répondre aux besoins de toute personne protégée par la Loi, y compris les personnes ayant une déficience. Pourtant, même des employeurs qui se sont engagés à assurer des chances égales aux employés ayant une déficience manquent parfois à cette obligation. Dans *Green c. Commission de la fonction publique, Conseil du Trésor et Développement des ressources humaines Canada*, la plaignante, qui a une dyslexie auditive, avait posé sa candidature à un poste de gestionnaire du Service de counselling, Équité en matière d'emploi, à la Commission de l'emploi et de l'immigration (qui fait maintenant partie de Développement des ressources humaines Canada), et s'était classée première au concours du point de vue des connaissances, des capacités et des qualités personnelles.

Dans le cadre du processus d'orientation, M^{me} Green a dû subir un test destiné à déterminer si elle avait les aptitudes nécessaires pour apprendre le français dans la limite de temps fixée par la politique du Conseil du Trésor. La Commission de la fonction publique (CFP) mesure l'aptitude à apprendre la langue seconde en testant les capacités auditives au regard de la discrimination phonèmes-symboles, de la mémoire des sons vocaux et de

qu'elle avait épousé un non-Autochtone. En conséquence, le couple a été privé des services d'eau et d'égoût et d'un prêt au logement.

Le tribunal a jugé qu'une preuve *prima facie* de discrimination avait été établie, sauf en ce qui concerne le droit des Jacobs de voter ou d'exercer une charge publique dans une élection future au MCK. Il est convaincu qu'il y avait eu refus d'accès à des biens et services, ce qui constitue une pratique discriminatoire directe fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la situation de famille. Comme les Jacobs ne figuraient pas sur la liste des Mohawks, ils ne pouvaient, dans les faits, demander au MCK de leur accorder les droits, avantages et privilèges offerts aux autres membres de la collectivité de Kahnawake.

Le tribunal a rejeté l'affirmation des Jacobs selon laquelle le MCK agissait de mauvaise foi. En 1981, le MCK a décrété un moratoire en vertu duquel [*Traduction*] « afin d'être reconnu comme Indien par le Territoire mohawk de Kahnawake, il faut posséder au moins 50 % de sang indien [et] les Indiens qui choisissent de marier une personne non indienne [...] renoncent à tous les droits et avantages accordés par le Territoire mohawk de Kahnawake. » En appliquant les critères d'appartenance énoncés dans le moratoire de 1981 et dans la Loi mohawk de 1984, l'intime de l'agréé honnêtement et avec la conviction sincère que ces critères étaient nécessaires à la survie de Kahnawake en tant que collectivité mohawk culturellement distincte et à la protection de ses assises territoriales limitées.

Si le tribunal accepte qu'il puisse exister des motifs d'établir l'appartenance à la collectivité en prenant en considération la lignée et la pureté du sang des personnes en cause, il n'est

pas pour autant convaincu que la collectivité ne serait pas en mesure d'atteindre ses objectifs légitimes si elle acceptait l'intégration de personnes non indiennes adoptées dans la petite enfance et élevées comme des Mohawks. Le tribunal n'est pas non plus convaincu qu'il n'existe pas d'autres solutions d'ordre pratique. À son avis, la crainte qu'un nombre excessif de personnes puissent chercher à obtenir des droits, avantages et privilèges similaires ne constitue pas une défense valable contre une allégation de discrimination. Enfin, le tribunal n'est pas convaincu que l'exclusion de Peter et Trudy Jacobs, de leurs enfants et d'autres personnes dans la même situation inhabituelle qu'eux, exclusion qui les prive de la possibilité de se prévaloir des droits, avantages et privilèges offerts aux autres résidents de Kahnawake, est raisonnablement nécessaire.

Le tribunal a ordonné que le Mohawk Council of Kahnawake « cesse de commettre des actes discriminatoires contre Peter et Trudy Jacobs et leurs enfants et s'abstienne de le faire à l'avenir en refusant à ces personnes l'accès aux droits, avantages, privilèges et services relevant de sa compétence offerts aux autres membres de la collectivité mohawk de Kahnawake ». Ces avantages comprennent l'attribution de terres et de droits fonciers, l'aide au logement, l'aide sociale, l'éducation, le droit de sépulture, le droit aux médicaments et les avantages fiscaux.

Dans sa plainte initiale à la Commission canadienne des droits de la personne, M. Jacobs avait demandé que lui-même et sa famille soient reconnus comme membres de la Première nation de Kahnawake. Le tribunal a déclaré qu'il ne pouvait ordonner à la collectivité de Kahnawake d'accueillir la famille Jacobs : « L'acceptation d'une personne au sein d'une collectivité est une question qui relève de

donc demandé un contrôle judiciaire de la décision.

État matrimonial et situation de famille

En mars, un tribunal des droits de la personne a accueilli la plainte de Peter et Trudy Jacobs contre le Mohawk Council of Kahnawake (MCK). La décision rendue dans l'affaire *Jacobs et Jacobs c. Mohawk Council of Kahnawake*

est probablement la première qui traite des droits fondamentaux des enfants adoptés par des Autochtones. Peter Jacobs est reconnu comme Indien inscrit, mais ni lui ni sa famille immédiate ne sont reconnus comme membres de la Première nation de Kahnawake. Les Jacobs soutenaient que le MCK faisait preuve de discrimination à leur égard dans la prestation de biens et de services en leur refusant les avantages offerts aux autres membres de la collectivité mohawk.

Peter Jacobs a été adopté à la naissance par deux Mohawks et a passé la plus grande partie de sa vie dans la réserve. Ses parents biologiques étaient de descendance noire d'une part, et juive d'autre part. Il a perdu son droit d'appartenance à la collectivité mohawk à l'âge de 21 ans à cause de ses origines biologiques. Il a cependant recouvré son statut d'Indien inscrit en 1988, en vertu des dispositions de la Loi C-31, qui a modifié la *Loi sur les Indiens*, en rétablissant le droit de tous les adoptés au statut d'Autochtones. En avril 1988, le plaignant a été informé par le MCK que, malgré son statut d'Indien inscrit auprès du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, il ne répondait pas aux critères établis pour l'inscription sur la liste des Indiens de Kahnawake. De plus, sa femme Trudy, qui est Mohawk de naissance, perdait le droit d'être inscrite sur la liste de Kahnawake parce

Le tribunal a conclu que les trois principaux groupes d'employés d'Air Canada et de Canadien ne formaient pas « un seul et même établissement » aux fins des dispositions de la *Loi relatives à la parité salariale*, rejetant par conséquent la plainte du SCFP. Dans sa décision, le tribunal a déclaré qu'il fallait tenir compte de la négociation collective pour déterminer ce que comporte un « établissement ». Il a déclaré que les unités de négociation comprenant les pilotes, les agents de bord et le personnel navigant technique négocient des conventions collectives distinctes définissant l'essentiel des politiques de rémunération et de personnel applicables à chacune des divisions fonctionnelles des sociétés intimées. Ces conventions collectives, auxquelles s'ajoutent les manuels et guides particuliers à chaque division, empêchent la formation d'un établissement commun regroupant les pilotes, les agents de bord et le personnel navigant technique chez Air Canada et Canadien. L'existence de politiques générales de ressources humaines et de stratégies de négociation communes s'appliquant à tous les employés de chacune des sociétés intimées, à moins de dispositions contraires de la convention collective pertinente, ne suffit pas en soi pour former un établissement unique regroupant les pilotes, les agents de bord et le personnel navigant technique.

La décision témoigne d'une interprétation étroite des dispositions de la *Loi relatives à la parité salariale*, interprétation qui renforce l'inégalité des positions de négociation entre les groupes à prédominance masculine et ceux à prédominance féminine, et qui limitera les possibilités de recours de nombreux employés occupant des emplois à prédominance féminine, s'ils souhaitent déposer des plaintes fondées sur ces dispositions. La Commission a

des Territoires du Nord-Ouest faisait preuve de discrimination envers les employés des catégories professionnelles à prédominance féminine, en les rétribuant moins que les employés des catégories professionnelles à prédominance masculine chargés d'exécuter des fonctions équivalentes. Le Syndicat avait renvoyé un certain nombre des allégations du Syndicat à un tribunal.

En septembre 1998, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest avait déposé une requête affirmant que, malgré l'adoption du projet de loi S-5, le Tribunal canadien des droits de la personne manquait d'indépendance institutionnelle et d'impartialité. Dans sa décision, le Tribunal a déclaré qu'il avait la compétence institutionnelle voulue pour assurer une audition équitable dans l'affaire en question et qu'il pouvait procéder à l'instruction de la plainte. Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest a demandé un contrôle judiciaire de la décision.

Vers la fin de 1998, un tribunal a rendu une décision décevante annulant la procédure engagée dans l'affaire de parité salariale *Syndicat canadien de la fonction publique c. Lignes aériennes Canadien International et Air Canada*. Le SCFP avait déposé des plaintes auprès de la Commission, alléguant que les agents de bord des deux compagnies aériennes étaient sous-rémunérés comparativement à d'autres catégories professionnelles à prédominance masculine. Le tribunal devait essentiellement déterminer si les agents de bord travaillaient dans le même « établissement » que le

personnel navigant technique ou les pilotes. D'après l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, « [c]onstitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes » [italique ajoutée].

Dès le départ, les compagnies aériennes ont maintenu que les pilotes, les agents de bord et le personnel navigant technique travaillaient dans des « établissements » distincts parce qu'il n'existait pas de politiques de rémunération ou de personnel communes à ces groupes et que chacun était régi par une convention collective distincte, négociée séparément. La Commission et le SCFP ont soutenu, pour leur part, que le premier critère à considérer pour déterminer si des groupes travaillaient dans le même établissement était leur appartenance au même secteur d'activité ou à la même fonction de base de l'employeur, c'est-à-dire, dans le présent cas, le transport aérien de passagers et de marchandises sur des routes intérieures et internationales. Le tribunal a jugé que cette façon d'aborder le problème ferait de la quasi-totalité des sociétés, sauf peut-être les grands groupes d'entreprises, des établissements uniques aux fins de la *Loi*. Le plaignant a mis en évidence les lieux de travail communs, dans les aéronefs et aux alentours, l'interaction quotidienne entre les agents de bord et les employés des autres unités de négociation, la formation commune et les comités communs d'employés ainsi que les politiques générales des sociétés concernant les ressources humaines, comme preuves de travail dans un même établissement, mais ces arguments ont été rejetés.

touchant les droits fondamentaux, un haut degré d'indépendance était nécessaire. Le juge McGillis a ensuite procédé à l'examen du degré effectif d'indépendance du Tribunal.

En ce qui concerne l'immovibilité, le juge a conclu que la *Loi* ne permettait pas à un membre du Tribunal, dont le mandat était arrivé à expiration, de terminer l'audition d'une cause après cette expiration. Dans une telle situation, le président du Comité du tribunal devait demander au ministre de la Justice de proroger le mandat du membre pour qu'il puisse terminer l'audition de la cause. Le régime législatif établi par la *Loi* était donc inadéquat parce qu'il ne donnait pas aux membres du Tribunal canadien des droits de la personne le droit de remplir leur rôle d'arbitre sans l'intervention des organes exécutif et législatif de l'État.

Pour ce qui est de la sécurité financière, le juge McGillis a conclu que « le régime législatif établi par la *Loi* ne respectait pas l'essence de la condition de la sécurité financière, parce que la rémunération des membres des tribunaux était contrôlée par la Commission, partie intéressée dans toutes les instances dont les tribunaux sont saisis. »

Ces facteurs compromettaient l'indépendance institutionnelle du Tribunal canadien des droits de la personne à un point tel qu'il existait une crainte raisonnable de partialité, a conclu le juge McGillis. Le Tribunal n'était donc pas un organisme quasi judiciaire indépendant capable de procéder à l'audition d'une affaire d'une manière équitable. Le juge a annulé la procédure engagée et ordonné qu'aucune autre instance ne soit instituée dans cette affaire tant que les problèmes mentionnés concernant l'immovibilité et la sécurité financière

n'auraient pas été corrigés par des modifications à la *Loi*.

Dans le passé, la Commission et différents responsables du Comité du tribunal avaient fait des démarches et exercé des pressions pour obtenir des modifications législatives en ce sens. Le Parlement était déjà saisi d'un projet de loi portant création d'un nouveau Tribunal canadien des droits de la personne, à caractère permanent. Le projet de loi S-5 est entré en vigueur le 30 juin 1998, coupant ainsi le cordon ombilical qui reliait la Commission aux tribunaux des droits de la personne. Le Tribunal décide à présent de sa propre administration interne, et la rémunération de ses membres est fixée par le gouverneur en conseil. Malgré ces modifications législatives, la Commission avait interjeté appel de la décision de la Cour fédérale, en raison de ses répercussions éventuelles sur d'autres affaires. En effet, les décisions récemment rendues par des tribunaux fédéraux des droits de la personne, ou des instances déjà engagées, pourraient être contestées sur la base de ce jugement par des parties souhaitant les faire annuler (voir *Zundel c. Procureur général du Canada*).

En décembre, une décision rendue dans l'affaire *Alliance de la fonction publique c. Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest* a confirmé l'indépendance du Tribunal canadien des droits de la personne, créé depuis peu, ouvrant la voie à l'audition de la cause de parité salariale à laquelle est partie le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest.

Le Syndicat des travailleurs et travailleuses du Nord, qui est affilié à l'Alliance de la fonction publique, avait formulé une plainte auprès de la Commission, alléguant que le gouvernement

tous leurs membres puisque « [l']ensemble des faits de l'espèce indiquent que les victimes alléguées avaient approuvé les actes accomplis par leurs syndicats tout au long du processus. » La Cour termine en disant que, même s'il peut sembler contraire à l'éthique qu'un syndicat recoure à l'article 11 pour forcer, à toutes fins pratiques, une révision de la convention collective qu'il a négociée, la loi ne l'interdit pas en l'absence de mauvaise foi.

Une semaine à peine après la publication de la décision Muldoon, l'impartialité de la structure du Tribunal canadien des droits de la personne était mise en doute par la Cour fédérale dans *Bell Canada c. SCEP (n° 6)*. M^{me} le juge McGillis a mis un terme à l'examen par le tribunal de la plainte liée à la parité salariale présentée par des employés de Bell, estimant que les tribunaux des droits de la personne n'étaient pas suffisamment indépendants de la Commission et du gouvernement pour rendre des décisions impartiales. Elle a soutenu que les liens entre le Tribunal canadien des droits de la personne et la Commission pouvaient soulever des doutes quant à l'impartialité des décisions de celui-ci. Dans le régime qui était alors en vigueur, la Commission était chargée par la loi de fixer la rémunération ainsi que les frais de déplacement et de subsistance des membres du Tribunal, qui étaient ensuite soumis à l'approbation du Conseil du Trésor. Elle était également autorisée par la loi à prendre des ordonnances liant le Tribunal.

Le juge McGillis a affirmé que l'indépendance judiciaire s'accompagnait de trois conditions essentielles : l'immovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. Compte tenu du rôle purement décisionnel du Tribunal canadien des droits de la personne et de son intervention dans des situations

pour ouvrir une enquête sur une affaire et pour la renvoyer à un tribunal des droits de la personne. En particulier, la décision prise par la Commission de renvoyer l'affaire à un tribunal était raisonnable d'après les résultats de l'étude mixte et de sa propre enquête. La procédure suivie par la Commission était équitable. Tant Bell que les plaignants avaient eu amplement l'occasion d'examiner tous les rapports et tous les documents présentés aux commissaires et de les commenter.

La Cour a statué que la déclaration du juge Muldoon concernant la méthodologie allait au-delà des faits nécessaires pour prendre sa décision, mais s'est abstenue de se prononcer sur le bien-fondé de son opinion, se refusant à interpréter l'affaire « sans avoir eu l'avantage de disposer de la décision d'un tribunal à cet égard. »

Enfin, la Cour d'appel a rejeté l'argument de Bell selon lequel les plaintes étaient vexatoires et entachées de mauvaise foi, et que les syndicats ne devraient pas être autorisés à contester des salaires qu'ils avaient librement négociés. De toute évidence, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* rend l'employeur exclusivement responsable des disparités salariales entre fonctions équivalentes. « Conclure à la responsabilité à part[s] égale[s] des syndicats [...] pour avoir participé à la fixation de salaires différents relativement à du travail de valeur égale irait carrément à l'encontre du texte clair de la *Loi* et de l'intention évidente du législateur », a déclaré la Cour. La *Loi* ne force pas les syndicats à défendre la parité salariale jusqu'à ce que la négociation collective aboutisse à l'impasse avant de les autoriser à déposer des plaintes de disparité salariale auprès de la Commission. Ils n'ont pas non plus à obtenir le consentement de

De plus, le juge Muldoon a critiqué la Commission pour avoir cherché à comparer des taux de salaire, non emploi par emploi, mais entre emplois à prédominance masculine et à prédominance féminine en général, ce qui constituait, selon lui, un « nouveau concept » excessivement vague qui n'avait été inscrit dans aucune loi. Le juge Muldoon a également exprimé l'avis que des syndicats qui ont négocié des échelles de salaire ne peuvent pas se plaindre plus tard de leur manque d'équité. De plus, pour aller de l'avant, les syndicats auraient dû obtenir l'autorisation expresse de toutes les personnes dont les emplois étaient visés par les plaintes. Ce point de vue manque particulièrement de réalisme puisque de nombreux employés ont pris leur retraite ou ont déménagé.

En novembre, la Cour d'appel fédérale a infirmé chacun des éléments de la décision du juge Muldoon dans *Bell Canada c. SCEP et ACET*. Dans un jugement unanime, les trois membres de la Cour d'appel ont dit clairement que le juge avait eu tort de décider qu'il n'y avait pas de motifs valables pour renvoyer l'affaire à un tribunal des droits de la personne. La décision critique le juge pour avoir exclusivement mentionné les éléments de preuve produits par Bell Canada, sans expliquer pourquoi il l'a fait, et énumérer différents vices dont souffre son jugement. De plus, la Cour a confirmé le rôle du Tribunal en tant que premier responsable de l'interprétation des dispositions relatives à la parité salariale dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

La Cour a déclaré que le fond du litige n'était pas en cause. « La *Loi* confère à la Commission un degré remarquable de latitude » quand elle doit décider si la preuve recueillie est suffisante

révèle que la rémunération horaire des postes à prédominance féminine était d'environ deux à six dollars inférieure à celle des emplois à prédominance masculine. Les négociations n'ayant pas réussi à combler cet écart, la Commission, qui faisait enquête sur la plainte, l'a renvoyée à un tribunal. Depuis, Bell a engagé une série d'actions en justice pour essayer de mettre fin aux audiences. Nous présentons dans les paragraphes qui suivent trois des décisions les plus récentes à cet égard.

Le 17 mars 1998, M. le juge Muldoon de la Cour fédérale a statué en faveur de la requête présentée par Bell pour faire annuler l'instance introduite contre la société en matière de parité salariale et a sévèrement critiqué la Commission canadienne des droits de la personne pour son rôle dans cette instance. Dans *Bell Canada c. SCEP (n° 5)*, le juge a conclu non seulement que la Commission et les syndicats de Bell n'avaient pas agi « honorablement » envers la société, mais, plus important encore, que la Commission avait traité Bell d'une manière injuste en droit. Bell avait allégué que, tout en se posant comme arbitre impartial, la Commission avait pris la part des syndicats et les avait conseillés sur la façon de présenter les plaintes. La société a affirmé qu'elle avait réalisé, de concert avec ses syndicats, une étude de parité salariale dont les résultats ne devaient servir qu'aux fins de négociations futures, mais que la Commission avait utilisé ces résultats confidentiels pour corroborer les plaintes. Le juge Muldoon a déclaré que, dans les circonstances, on ne pouvait pas raisonnablement supposer que la Commission canadienne des droits de la personne pouvait constituer un tribunal impartial pour instruire des plaintes que non seulement elle appuyait, mais qu'elle avait apparemment sollicitées.

Le tribunal a également ordonné le versement d'intérêts simples au taux des Obligations

d'épargne du Canada pour chacune des années ayant précédé et devant suivre la décision. Il a rejeté et la demande de frais de justice de

l'AFPC et sa demande de versement

d'indemnités pour préjudice moral à chacun des membres des groupes à prédominance

féminine qui étaient parties à la plainte.

L'Alliance de la fonction publique avait

demandé l'indemnité maximale de 5 000 \$ pour chaque membre. La Commission, elle, avait

laissé au tribunal le soin de déterminer la

somme à verser, mais avait défendu le principe de l'octroi d'une indemnité à cause du long

combat des plaignants et des tergiversations de l'employeur au cours des deux dernières

décennies. Toutefois, le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas de preuve directe établissant que

chacun des plaignants représentés avait personnellement souffert de préjudice moral.

La Commission avait soutenu qu'il était en pratique impossible de présenter pareille

preuve dans le cas d'un important groupe de plaignants et que cet obstacle ne devait pas

empêcher le tribunal d'ordonner le versement d'une indemnité.

Le tribunal a rejeté ces arguments, estimant que, dans les plaintes de discrimination

systémique, si la discrimination est inhérente au régime de rémunération et qu'il n'y a pas de

preuve de préjudice moral et de perte de dignité à l'échelle individuelle, il n'y a pas lieu

d'accorder des dommages-intérêts. Le rejet de la demande d'indemnité au motif qu'il s'agit

d'une plainte de discrimination systémique est inquietant, car il représentera un obstacle très

réel pour les victimes de discrimination systémique. Il n'est reste pas moins que cette

affaire pose un jalon important dans la lutte

engagée pour combler le fossé salarial entre hommes et femmes.

Les conclusions du tribunal ne s'appliquent qu'aux fonctionnaires fédéraux et aux entreprises sous réglementation fédérale : banques, compagnies aériennes, sociétés de transport interprovincial et sociétés de télécommunications. Toutefois, la méthodologie ainsi que les modalités de calcul des rajustements paritaires, de la période de rétroactivité et des intérêts à verser établiront sûrement des précédents qui serviront de base au règlement d'autres plaintes en instance, à différentes étapes du processus, contre Bell Canada, Air Canada, les Lignes aériennes Canadien International, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, Postes Canada et la Chambre des communes. Le gouvernement a demandé un contrôle judiciaire de la décision.

Aucun aspect des droits de la personne ne prête autant à controverse que celui de la parité salariale. L'importance des sommes en jeu et l'existence d'un système d'examen qui repose sur le dépôt de plaintes ont fait de la parité salariale un domaine extrêmement litigieux. Pour illustrer cette affirmation, il suffit de considérer la plainte concernant Bell Canada, qui pourrait coûter à la société entre 60 et 80 millions de dollars. Cette plainte, qui est la plus importante présentée contre un employeur du secteur privé en matière de parité salariale, a été déposée par deux syndicats — le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et l'Association canadienne des employés de téléphone — et un groupe appelé *Femmes-Action*, représentant les téléphonistes, les commis et les préposés aux ventes, qui sont pour la plupart de sexe féminin. Une étude réalisée en 1992 par Bell et ses syndicats avait

discrimination fondée sur le sexe et non par un autre motif. Le tribunal a explicitement rejeté cette approche parce qu'elle ne comportait pas d'examen systémique de la manière dont l'employeur envisage la valeur du travail masculin par rapport à celle du travail féminin. Pour le tribunal, « la notion de causalité peut être appropriée dans d'autres situations. Elle n'est pas, selon nous, appropriée lorsque la discrimination faisant l'objet de la plainte est de nature systémique [...] il est manifeste que l'article 11 de la *Loi* est basé sur la différence entre les sexes. »

Le tribunal a également affirmé qu'il n'y avait pas lieu de limiter la réparation prévue dans la *Loi* simplement parce que le coût pourrait être trop élevé pour l'employeur ou pour les contribuables canadiens. L'objet et le but de la *Loi* sont de remédier à la discrimination salariale et d'indemniser en totalité les plaignants. La seule défense en cas de violation de l'article 11 se trouve à l'article 16 de l'*Ordonnance sur la parité salariale* de 1986, qui permet des différences entre hommes et femmes s'acquittant de fonctions équivalentes sur la base de taux salariaux régionaux.

Le tribunal a adopté la méthodologie proposée par la Commission pour déterminer l'étendue des disparités salariales, estimant qu'il s'agissait de la méthodologie qui convenait le mieux, compte tenu de la taille de l'échantillon. Le gouvernement avait soutenu que les emplois à prédominance féminine devaient être comparés à une gamme étroite d'emplois à prédominance masculine choisis parmi les moins rémunérés. Le tribunal a rejeté cette approche, la jugeant incompatible avec l'article 11. La méthode statistique dite « niveau/segment » de la Commission permet de comparer toutes les fonctions masculines à toutes les fonctions

féminines dans les mêmes gammes de valeurs afin de déterminer lesquelles, parmi les premières, sont équivalentes dans l'établissement de l'employeur aux fonctions à prédominance féminine, indépendamment de la catégorie professionnelle dans laquelle se situe le travail masculin à des fins de rémunération. Les emplois et les groupes professionnels masculins ayant des fonctions équivalentes n'ont pas tous une rémunération identique. Par conséquent, il importe de rechercher les schémas de rémunération du travail masculin dans l'établissement de l'employeur, et non les emplois les plus ou les moins rémunérés de la catégorie professionnelle, qui risquent d'avoir des salaires atypiques. Cette méthode permet donc de déterminer l'attitude générale de l'employeur envers la rémunération du travail essentiellement masculin par rapport à la rémunération du travail essentiellement féminin.

En ce qui concerne la durée de la période de rétroactivité à considérer pour calculer le salaire perdu dans une affaire de parité salariale, le tribunal a souligné la nécessité de faire preuve de logique et de « bon sens ». Il a donc opté pour une période de rétroactivité intermédiaire commençant le 8 mars 1985, date à laquelle a été annoncée l'étude sur la parité salariale. Cette date précède de deux ans la période de collecte de renseignements sur les emplois. Même si l'intimé était au courant de la plainte depuis décembre 1984 et avait engagé alors avec les syndicats et la Commission les discussions qui ont mené à l'annonce du lancement de l'étude, le tribunal n'a pas voulu lui imposer un fardeau trop lourd en exigeant de lui qu'il prouve que la discrimination systémique n'avait pas commencé avant le 8 mars 1985.

de la personne. Après enquête, la Commission a conclu que, pour combler l'écart, le gouvernement devait payer des sommes supplémentaires aux employés et a renvoyé la plainte à un tribunal des droits de la personne. En 1996, une première décision du tribunal établissait que l'étude sur la parité salariale constituait une base raisonnable pour déterminer si la discrimination salariale persistait.

La décision rendue par le tribunal en juillet 1998 revêt de toute évidence un caractère historique. D'une importance et d'une portée sans précédent au Canada, elle établit clairement tant les principes que la pratique en matière de parité salariale. Selon le tribunal, l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* vise à corriger la discrimination salariale systémique — c'est-à-dire la discrimination fondée sur le sexe qu'on trouve dans les régimes de rémunération — qui fait que des salaires inégaux sont versés aux femmes exécutant des fonctions équivalentes à celles d'employés de sexe masculin. Comme il est dit dans la décision, « [l']article 11 de la *Loi* constitue une tentative de remédier à ce qui était devenu un problème de justice sociale. Le but fondamental de la *Loi* consiste à donner effet au principe de l'égalité qui, à notre avis, favorise le traitement égal du travail des femmes et du travail des hommes. Nous croyons donc que l'article 11 vise à corriger une disparité salariale entre les employés de sexe masculin et de sexe féminin qui exercent des fonctions équivalentes. Lorsque les fonctions sont réputées être d'égale valeur, le salaire versé devrait être le même. »

Le Conseil du Trésor a soutenu que l'article 11 imposait au plaignant de prouver que la disparité salariale était « causée » par la

rajustements et des indemnités pour préjudice moral.

Cette décision répond à l'une des cinq plaintes de disparité salariale présentées par l'Alliance de la fonction publique du Canada (AFPC) depuis 1984. L'Alliance soutenait que les commis, les secrétaires, les bibliothécaires, les proposés au traitement des données, le personnel hospitalier et les employés de soutien de l'enseignement travaillant dans les catégories professionnelles les moins payées de la fonction publique fédérale avaient systématiquement été sous-rémunérés, en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Plus de 85 % des employés en question sont des femmes, et 80 % gagnent moins de 30 000 \$ par an.

Entre 1985 et 1989, le Conseil du Trésor et l'AFPC ont entrepris conjointement une étude pour déterminer s'il existait dans la fonction publique des différences de salaire fondées sur le sexe. L'étude sur la parité salariale a commencé par l'envoi de 5 000 questionnaires aux employés de 52 groupes professionnels. Les résultats ont révélé l'existence d'un vaste écart entre les hommes et les femmes exerçant des fonctions équivalentes. Les deux parties ne s'étant pas entendues sur la fiabilité des conclusions, l'étude a abouti à l'impasse en 1990.

En mars de la même année, le Conseil du Trésor a décidé unilatéralement de rajuster le salaire des secrétaires et des commis pour combler l'écart et leur a versé des rajustements salariaux annuels, avec rétroactivité à partir de 1985. L'Alliance de la fonction publique a déclaré que ces versements étaient insuffisants et a déposé une deuxième plainte générale auprès de la Commission canadienne des droits

M^{me} le juge Tremblay-Lamer a estimé que la Commission avait mené une enquête « partielle » parce que le rapport d'enquête omettait de mentionner des renseignements pertinents. La Cour a énuméré six omissions « importantes » dans le rapport d'enquête sur lequel s'est fondée la décision de convoquer un tribunal, notamment que le nom de M^{me} Paul ne figurait pas dans la liste restreinte des candidats retenus en sélection finale pour l'emploi, que son rendement avait été jugé médiocre avant le concours, que les personnes interrogées ne croyaient pas que son âge ou son sexe étaient en cause et que la plaignante n'avait pas fait mention de discrimination fondée sur l'âge ou le sexe dans les griefs internes qu'elle avait présentés. Le juge Tremblay-Lamer n'a pas cru utile de renvoyer l'affaire à la Commission pour réexamen, estimant qu'après dix ans, il était temps de mettre fin au litige. M^{me} Paul a interjeté appel.

Parité salariale

Depuis 1978, il est discriminatoire, en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de verser à une femme un salaire inférieur à celui d'un homme si elle exerce des fonctions équivalentes. Toutefois, ce n'est qu'en juillet 1998 qu'un tribunal a rendu une décision comportant un examen approfondi du sens, de la portée et de l'application des dispositions de la *Loi* relatives à la parité salariale. La décision rendue dans l'affaire *Alliance de la fonction publique c. Conseil du Trésor* renferme d'importantes conclusions sur des questions clés liées à la parité salariale, comme la méthodologie à employer pour calculer les ajustements paritaires, la longueur de la période de rétroactivité à accorder et l'opportunité de verser de l'intérêt sur les

avait décidé de convoquer un tribunal pour examiner la plainte de M^{me} Paul. La SRC a alors demandé un contrôle judiciaire de cette décision, contestant la compétence de la Commission et alléguant que le rapport d'enquête était incomplet et partiel.

La Cour fédérale a statué que la Commission pouvait tenir compte d'une décision arbitrale faisant suite à un grief, mais qu'elle était en même temps habilitée à examiner une plainte même si celle-ci avait été rejetée par un arbitre ou si le plaignant avait décidé de ne pas aller jusqu'au bout du processus de règlement des griefs, comme dans le cas considéré. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wéber*, d'après laquelle un arbitre a compétence exclusive pour trancher des différends découlant d'une convention collective, ne s'applique pas dans tous les cas. La décision *Wéber* ne portait pas sur une situation où le législateur avait donné à une autre partie un droit d'intervention concurrent. De plus, le paragraphe 41(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* habilite la Commission à accepter ou à refuser l'examen d'une plainte découlant d'une convention collective.

La Cour a soutenu que la preuve n'était pas suffisante pour justifier la constitution d'un tribunal. La preuve de l'existence, à la Société Radio-Canada, d'une tendance générale favorisant les jeunes présentateurs de nouvelles n'est pas un motif suffisant pour que la Commission demande la formation d'un tribunal. Une telle décision doit se fonder sur des faits concrets pouvant être reliés aux allégations de M^{me} Paul. Des indices suggérant l'existence d'un problème dans un secteur d'activité donné ne peuvent constituer, au mieux, que des preuves corroborantes.

plaignante a été soumise à une surveillance étroite et, lorsqu'elle s'en est plainte, elle a été sévèrement et injustement critiquée, à la suite de quoi on a recommandé qu'elle soit soumise à une évaluation psychiatrique. La recommandation de la personne chargée de l'enquête sur sa plainte de harcèlement, qui proposait qu'elle soit « placée sous surveillance étroite et directe et, de façon régulière, officiellement mise en garde concernant son rendement, sa conduite et sa réaction aux ordres », est incompatible avec la conclusion de l'enquêteur « selon laquelle la plainte avait été logée de bonne foi [et] a pénalisé la plaignante parce qu'elle a essayé de bonne foi d'éliminer des lieux de travail le harcèlement sexuel. » La présidente du tribunal a noté, par ailleurs, que la plaignante n'était pas elle-même sans reproche. Toutefois, elle s'est fondée sur la décision dans l'affaire *Pitawankwat* pour établir que la discrimination avait joué un rôle dans les décisions ou les mesures prises par les Forces canadiennes, même si elle n'en avait pas constitué le seul motif, et que c'était là « une preuve suffisante que [la plaignante] a fait l'objet d'une discrimination illicite » alors qu'elle était étroitement surveillée et exposée à des critiques déraisonnables. Dans les circonstances, la présidente aurait accordé à la plaignante deux années de salaire perdu et des dommages de 5 000 \$ pour préjudice moral.

La Commission a fait appel de la décision. Elle estime qu'en concentrant son attention sur la conduite de la plaignante, la majorité des membres du tribunal a perdu de vue les circonstances qui ont entouré cette conduite et ne s'est pas suffisamment préoccupée de l'obligation qu'ont les Forces canadiennes de réagir d'une manière juste et impartiale aux plaintes de harcèlement sexuel.

Il convient de signaler, à ce chapitre, un développement plus positif : les Forces canadiennes ont consenti à instaurer un programme spécial de formation antiharcèlement à l'intention des cadets. Cette mesure s'inscrit dans le cadre du règlement d'une plainte déposée auprès de la Commission canadienne des droits de la personne par Harmony Poirier, qui faisait partie des Cadets royaux. Dans le cadre de ce règlement, les Forces ont accepté d'élaborer un programme de formation adapté à l'âge des stagiaires pour prévenir le racisme et le harcèlement sexuel, ainsi qu'une politique s'appliquant aux Cadets à cet égard. Le programme de formation sera mis en œuvre à l'échelle nationale à partir de septembre 1999. Les Forces canadiennes ont également convenu de le soumettre à l'examen de la Commission canadienne des droits de la personne, avant de le mettre en œuvre.

En 1989, Leila Paul, reporter et présentatrice des nouvelles en fin de semaine à la Société Radio-Canada (SRC), avait déposé à la Commission une plainte contre son employeur après qu'une jeune femme eut été choisie pour présenter les informations de fin de soirée. Alors âgée de 44 ans, M^{me} Paul affirmait être victime d'une distinction injuste fondée sur l'âge et le sexe, compte tenu qu'une collègue beaucoup moins expérimentée, âgée de 27 ans, avait obtenu l'emploi. Après des années de contestations judiciaires, un rapport d'enquête basé en partie sur des entretiens avec M^{me} Paul et avec des employés et d'anciens employés de la SRC a finalement été présenté en 1996. Le rapport concluait que, dans le climat qui existait à la SRC, un homme était considéré en soi plus crédible qu'une femme, surtout pour présenter des informations au cours d'une émission en solo. Par la suite, la Commission

préoccupation raisonnable au sujet de son état de santé mentale.

Dans son opinion dissidente, la présidente du tribunal a jugé que la plaignante avait trouvé les propos déplacés au moment où ils avaient été tenus et qu'il appartenait au décideur et non à un psychiatre de déterminer s'il y avait eu harcèlement. De plus, la réaction de la plaignante était conforme à « la nature de l'environnement militaire et la structure des grades [qui] imposent à un militaire subalterne des limites, lorsqu'il s'agit de confronter un officier supérieur. Dans le contexte militaire, on s'attend que les soldats, sans égard au sexe, se soumettent à l'autorité et au grade supérieurs. »

Selon la présidente du tribunal, les incidents qui se sont produits — propos concernant la « sextaire » et l'épithète de « biker mama », présentation d'une carte postale représentant une femme aux seins nus, questions d'un officier supérieur sur les habitudes de sorte de la plaignante et sur sa situation financière — ont empoisonné son milieu de travail et « mis en branle une spirale descendante, dans ses relations avec ses superviseurs », qui a mené à un avertissement écrit pour insubordination envers le comité de la tenue vestimentaire. « L'avertissement écrit est devenu un maillon dans cette chaîne d'événements et la plaignante, fort raisonnablement, y a vu une punition parce qu'elle n'avait su accepter le statu quo. » Considérés globalement, ces incidents constituaient une preuve suffisante pour qu'une personne raisonnable conclue au harcèlement sexuel.

La présidente a également estimé que la caporale Franké avait été traitée différemment après s'être plainte du harcèlement. La

d'un psychiatre des Forces canadiennes, que la preuve produite n'était pas suffisante pour établir que la caporale Franké avait été victime de harcèlement sexuel ou de pratiques discriminatoires fondées sur le sexe. Malgré le témoignage de trois amies de la plaignante, qui ont confirmé qu'elle leur avait fait part de préoccupations à l'époque, le tribunal a estimé qu'elle n'avait pas considéré les commentaires et les gestes de ses supérieurs comme du harcèlement sexuel au moment où ils avaient été faits. Selon la majorité des membres du tribunal, elle avait présenté sa plainte reliée aux droits de la personne pour se venger des mesures disciplinaires qui lui avaient été imposées par suite de son « comportement irrespectueux » envers les membres du comité de la tenue vestimentaire et non, comme elle l'a prétendu, parce qu'elle avait rejeté « les badinages à connotation sexuelle qui, selon elle, faisaient partie de la routine quotidienne » à son bureau.

La majorité des membres du tribunal a jugé que la plaignante n'avait pas fait l'objet d'un traitement différent et que ses supérieurs avaient réagi « presque unanimement en termes mesurés » en dépit du fait que sa correspondance révèle, dans l'ensemble, « une attitude de mépris à l'égard de ceux avec lesquels elle travaille ». Après avoir pris connaissance de trois remarques qu'auraient faites ses supérieurs, la majorité a conclu ou bien qu'elles n'avaient pas influé sur les décisions des superviseurs, ou bien que la plaignante les avait mal interprétées. Quant à l'ordre que la caporale Franké avait reçu « de se mettre sous observation médicale et évaluation psychiatrique », la majorité a trouvé que le colonel MacGee, qui avait donné l'ordre en question, avait ainsi témoigné d'une

âge et de sa race. Originaire des Indes orientales, M. Singh avait alors 47 ans. Bien que le tribunal ait rejeté le volet de la plainte relié à la race, il a conclu que l'âge avait joué un rôle dans la décision de Statistique Canada de ne pas inscrire M. Singh sur la liste d'admissibilité d'un concours auquel il s'était classé deuxième, malgré une pénurie générale de candidats qualifiés. Il a été établi que, vers la fin des années 80, Statistique Canada s'inquiétait du vieillissement de son effectif de cadres et avait entrepris de recruter des employés plus jeunes. Statistique Canada a affirmé que l'âge de M. Singh n'avait joué aucun rôle dans sa décision, mais la preuve statistique présentée « offrait une preuve circonstancielle éclatante d'une prédisposition organisationnelle contre la promotion de candidats internes plus âgés à des postes du groupe ES ». Le tribunal a conclu que « le fait de ne pas mettre le nom de M. Singh sur une liste d'admissibilité s'expliquait en partie parce que, à l'âge de 43 ou 44 ans, M. Singh ne correspondait pas au profil des recrues de niveau ES-01 que Statistique Canada pronait ». Le tribunal a noté que rien ne garantissait que M. Singh aurait eu un poste d'économiste subalterne si son nom avait été inscrit sur la liste d'admissibilité. Cet élément a servi à l'évaluation quantitative des dommages. À titre de réparation, la Commission et M. Singh avaient demandé une nomination à un poste d'économiste ES-03. Le tribunal a déclaré qu'il devait être convaincu que le plaignant aurait eu des chances sérieuses d'occuper un tel poste en l'absence de discrimination. Dans les circonstances, il a conclu que M. Singh aurait probablement obtenu un poste ES-01 à un moment quelconque au cours de la période de validité

de la liste d'admissibilité, mais qu'il n'était pas du tout certain qu'il aurait accédé à un poste ES-03. Le tribunal a ordonné à Statistique Canada d'accorder à M. Singh, à la première occasion, un poste d'économiste au niveau d'entrée et de lui verser la différence entre son salaire et le salaire qu'il aurait gagné s'il avait été promu le 2 août 1989, date représentant le milieu de la période de validité de la liste d'admissibilité. Statistique Canada a également reçu l'ordre de rajuster en conséquence la pension et les autres avantages sociaux de M. Singh et de lui verser une indemnité spéciale de 3 000 \$. Statistique Canada a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale.

Sexe

Une étude du harcèlement sexuel parrainée par la Commission a abouti à une série de recommandations, dont l'une invite notamment la Commission à interpréter les preuves circonstancielles d'une manière très large et très libérale, en portant une attention particulière aux circonstances de l'incident qui a donné lieu à une plainte de harcèlement sexuel. Malheureusement, les efforts déployés dans ce sens par la Commission ne réussissent pas toujours, comme en témoigne la décision dans l'affaire *Franke c. Forces armées canadiennes*. Kimberley Franke alléguait avoir été victime de harcèlement sexuel pendant son service dans les Forces canadiennes et fait l'objet d'un traitement différentiel défavorable lorsqu'elle a commencé à se plaindre du harcèlement, ce qui a finalement mis un terme à sa carrière militaire et l'a obligée à recevoir des soins psychiatriques.

Dans une décision avec avis minoritaire, le tribunal a conclu, en se fondant sur l'opinion

Une seconde plainte présentée la même année contre le Chemin de fer Canadien Pacifique (CFCP) a été réglée en octobre sur la base de conditions semblables, notamment un objectif de recrutement de 5 %, des mesures de recrutement externe et des consultations permanentes avec l'ACM. Le CFCP a également accepté de transmettre à l'Assemblée des renseignements sur le travail offert à contrat. La Commission suivra la mise en œuvre des deux règlements au cours des cinq prochaines années.

Âge

Dans un monde du travail qui évolue rapidement, un nombre croissant de Canadiens d'âge moyen s'exposent aujourd'hui à la discrimination parce que les employeurs ont tendance à dévaluer l'expérience et la compétence des travailleurs d'âge mûr. Dans une récente décision, *Singh c. Statistique Canada*, un tribunal des droits de la personne vient de reconnaître que les candidats qualifiés les moins jeunes ont beaucoup à offrir et qu'ils ne devraient pas être privés d'avancement sur la base de leur âge.

Surendar Singh a été engagé à Statistique Canada en 1981 comme commis de bureau. En 1985, il a commencé à poser sa candidature à des postes de niveau d'entrée ES-01 dans l'espoir de faire carrière comme économiste. Bien que ses titres et compétences n'aient jamais été mis en cause, son âge a influé sur le résultat de ses démarches. Malgré tous ses efforts, M. Singh n'a pas réussi à obtenir un poste permanent d'économiste subalterne. Il a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant que son employeur avait fait preuve de discrimination à son égard, sur la base de son

Le tribunal a en outre ordonné au ministre de la Santé de prendre les mesures nécessaires à la mise en place d'un système national d'examen de ses politiques et pratiques d'application de la *Loi* et de ses stratégies de contrôle du commerce des herbes médicinales et des préparations d'herboristerie, en vue d'éliminer les motifs de distinction fondés sur l'origine ethnique du commerçant, du produit ou du consommateur. Le Ministère doit aussi mettre au point une stratégie d'application de la *Loi* qui soit neutre d'un point de vue racial et la diffuser dans un délai de 90 jours au moyen d'une lettre à la profession. M. Bader a fait appel de la décision du tribunal de ne pas lui accorder de dommages pour préjudice moral.

En 1998, deux plaintes présentées par l'Assemblée des chefs du Manitoba (ACM) ont été réglées grâce à des ententes qui permettront d'accroître les possibilités d'emploi pour les Autochtones. En juillet, les Lignes aériennes Canadien International et l'Assemblée des chefs du Manitoba ont signé un accord prévoyant la mise en œuvre d'un plan d'action quinquennal complet d'équité en matière d'emploi destiné à augmenter la représentation des Autochtones dans toutes les catégories professionnelles de l'effectif de la compagnie aérienne. Canadien International s'efforcera en particulier de porter à 3 % son niveau de recrutement d'employés autochtones, au moyen de mesures de recrutement dans les collectivités autochtones et de consultations permanentes avec l'ACM. Cet accord règle une plainte présentée par l'ACM en 1990, alléguant que les politiques et pratiques d'emploi de Canadien International privaient les Autochtones d'occasions d'emploi pour des motifs fondés sur la race, la couleur et l'origine ethnique ou nationale.

d'une qualité et d'un poids suffisants pour constituer un motif justifiable. Les éléments de preuve présentés étaient presque tous fondés sur des impressions, et le tribunal de première instance a commis une erreur en basant ses conclusions sur des preuves de cette nature et de cette qualité. En se fondant exclusivement sur des perceptions et des opinions, le Ministère offrait une information subjective non corroborée pour satisfaire aux exigences d'un critère objectif.

Le tribunal d'appel s'est également élevé contre la politique de mise en application adoptée par le Ministère. Il a estimé qu'au regard de la preuve produite, le tribunal de première instance s'était trompé en concluant que le Ministère faisait une utilisation objectivement raisonnable de ses ressources en concentrant celles-ci au niveau de l'importation « alors qu'il y avait abondance d'éléments de preuve confirmant que les activités d'application de la Loi de la [Direction générale de la protection de la santé] au niveau des importations se traduisaient dans les faits par l'octroi d'un traitement préférentiel aux importateurs ethniques chinois ». Le tribunal a commis une erreur lorsqu'il en est venu à la conclusion que s'il y avait une différence, elle se situait entre l'application de la Loi aux points d'entrée par rapport à son application au niveau du détail alors que, dans les faits, la différence était fondée sur l'appartenance ethnique des personnes en cause. De plus, le tribunal de première instance avait commis une erreur en jugeant que le Ministère appliquait également la Loi aux importateurs ethniques chinois et à M. Bader, au niveau de l'importation, « alors qu'en fait la preuve démontre que c'est plutôt le contraire qui se produisait. »

Le tribunal de première instance n'avait pas non plus tenu compte du manque de bonne foi des responsables de la Direction générale de la protection de la santé (DGPS) dans leur traitement des produits d'herboristerie chinois et, en particulier, du « don quai ». La preuve indiquait que bon nombre des produits des importateurs et des détaillants ethniques chinois contenaient des substances nocives telles que le plomb, l'arsenic et la codéine. Compte tenu des graves dangers pour la santé que certains de ces produits présentaient, « il est donc difficile de prêter foi aux affirmations de la DGPS qu'elle a adopté ces politiques et pratiques avec la conviction sincère qu'elles favoriseraient une application satisfaisante de la Loi et de ses règlements ». En adoptant sa politique soi-disant de « faible risque », la DGPS n'agissait ni dans l'intérêt du public ni dans celui de la communauté ethnique chinoise. Par conséquent, la politique concernant l'évaluation du risque et celle qui régissait la mise en œuvre du règlement ne satisfaisaient pas au critère du motif justifiable.

Le tribunal d'appel a jugé que la vaste gamme de mesures de réparation proposées était justifiée parce que la discrimination s'était produite dans un organisme du gouvernement qui a le mandat de protéger la santé du public. Il a ordonné à Santé Canada de mettre en place des politiques et des pratiques destinées à mettre un terme, dans l'application de la *Loi sur les aliments et drogues*, aux distinctions selon la race et l'origine ethnique dans l'industrie des produits d'herboristerie et des herbes médicinales. Il a également ordonné au Ministère de cesser l'application inégale de la Loi selon l'origine du produit ou l'appartenance ethnique des consommateurs.

d'une manière discriminatoire. Santé Canada a fait appel de la décision.

En mars, un tribunal d'appel a ordonné à Santé Canada de mettre en place de nouvelles politiques concernant les aliments et drogues, qui n'établissent pas de distinctions injustes entre les marchands sur la base de leur race ou de leur origine ethnique. La décision rendue dans l'affaire *Bader c. Canada (ministère de la Santé nationale et du Bien-être social)* infirme l'ordonnance d'un tribunal des droits de la personne qui avait rejeté des allégations selon lesquelles le Ministère avait agi d'une façon discriminatoire envers les marchands qui, sans être eux-mêmes d'origine chinoise, vendaient des produits chinois à base d'herbes médicinales. David Bader affirmait que le Ministère appliquait le règlement de la *Loi sur les aliments et drogues* régissant l'importation et la vente de certains aliments de santé et préparations d'herboristerie plus sévèrement à l'égard des marchands d'aliments de santé d'origine caucasienne qu'à l'égard des marchands d'origine chinoise.

Le tribunal de première instance avait jugé que M. Bader avait qualité pour présenter la plainte et avait droit à une réparation en vertu de la *Loi*, même si les répercussions directes des pratiques discriminatoires alléguées s'exerçaient sur une personne morale, Don Bosco Agencies Ltd., plutôt que sur lui-même. Le tribunal d'appel a accepté ce point de vue, déclarant que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* devait être interprétée d'une manière large et libérale et qu'il serait injuste de soustraire certains cas de discrimination à l'application de la *Loi* simplement parce que le plaignant exerçait ses activités par l'entremise d'une société fermée. Le critère de la « conséquence suffisamment directe et

immédiate » a été satisfait parce que les intérêts de David Bader, qui est actionnaire, administrateur et président de la société Don Bosco Agencies Ltd., et de sa société se confondent et qu'il est impossible de faire la distinction entre des mesures prises contre M. Bader ou contre son entreprise. Lorsque la partie effectivement lésée n'a pas la possibilité de faire reconnaître ses droits et qu'il n'y a pas d'autre moyen raisonnable et efficace de trancher la question, on ne devrait pas empêcher l'intéressé de se prévaloir des recours prévus dans la *Loi* à cause de l'existence de sa propre entreprise.

En outre, le tribunal d'appel a conclu, comme le tribunal de première instance, que M. Bader avait produit une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique dans l'application du règlement. La question essentielle qui se posait était de savoir si le ministère intimé avait réussi à présenter une défense de motif justifiable. Pour le tribunal de première instance, même si la politique du Ministère consistant à ne pas appliquer le règlement à la communauté ethnique chinoise reposait sur des hypothèses, celles-ci n'étaient pas sans fondement. En estimant qu'il y avait peu de risque dans le cas des détaillants ethniques, le Ministère supposait, en effet, que ceux-ci ne vendaient des produits chinois qu'aux membres de leur propre communauté, qui savaient comment les utiliser comme il faut.

Le tribunal d'appel a statué que le tribunal de première instance avait commis une erreur de droit en acceptant ces hypothèses. Les éléments de preuve présentés à l'appui de l'application d'une politique attribuant un « faible risque » aux importateurs et aux détaillants d'origine chinoise n'étaient pas

l'affaire, de même que plusieurs autres commissions des droits de la personne et groupes intéressés.

Règlement des plaintes

Race, couleur, origine nationale ou ethnique

En 1997, un tribunal des droits de la personne concluait que le ministre de la Santé avait fait preuve de discrimination contre ses employés membres de minorités raciales, en omettant de les promouvoir à des postes de niveau supérieur. La plainte qui a abouti à cette

décision clé avait été déposée par un organisme de relations interraciales dirigé par le D^r Shiv Chopra. Malheureusement, la plainte relée aux droits de la personne déposée par le

D^r Chopra, à titre personnel, n'a pas connu un dénouement aussi favorable. Un autre tribunal avait conclu, la même année, que les supérieurs du D^r Chopra avaient mal agi envers lui, mais

que rien ne prouvait que le racisme y était pour quelque chose. Le D^r Chopra et la Commission ont fait appel de cette décision et, en avril 1998, la Cour fédérale l'a annulée et a ordonné au Tribunal canadien des droits de la personne de réexaminer l'affaire *Chopra c. ministre de la Santé nationale et du Bien-être social*.

Le 6 septembre 1992, le D^r Chopra avait déposé une plainte contre le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, désignation sous laquelle était alors connu Santé Canada, alléguant que sa race était l'un des motifs pour lesquels le Ministère ne l'avait pas promu au poste de directeur du Bureau des médicaments humains prescrits. Un tribunal a conclu que « la conduite équivoque, voire contradictoire, de la direction dénote une insensibilité à l'égard des employés en général et un manque de clarté à l'égard du

perfectionnement professionnel », mais qu'elle ne résultait pas d'un traitement différentiel interdit par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Plus important encore, le tribunal n'a pas autorisé la Commission à présenter, comme preuves circonstancielles, des statistiques révélant une nette sous-représentation des membres de minorités visibles dans les postes supérieurs de gestion à Santé Canada. Il a déclaré non recevables les preuves de discrimination systémique dans une affaire où le plaignant soutient avoir fait l'objet de discrimination à titre individuel.

Dans sa décision, la Section de première instance de la Cour fédérale a souligné l'importance des preuves circonstancielles dans les causes de discrimination raciale, affirmant que la représentation des minorités visibles en milieu de travail constitue un élément essentiel de telles preuves, même dans des cas de discrimination individuelle. Pour la Cour, le tribunal a commis une erreur en refusant aux plaignants l'autorisation de présenter, à titre de preuves circonstancielles, des statistiques tendant à établir d'une façon générale l'existence d'un schéma systémique de distinctions injustifiées et permettant de croire qu'il y avait probablement eu discrimination en l'espèce.

M. le juge Richard a statué que rien ne permettait de conclure que l'acceptation de ce genre de preuve porte effectivement préjudice à l'intime. Il a cité deux autorités selon lesquelles les statistiques constituent une forme de preuve circonstancielle dont on peut tirer des conclusions quant à une éventuelle conduite discriminatoire, parce qu'elles peuvent montrer que les employeurs prennent des décisions subjectives et discrétionnaires

étaient contraires aux principes de justice fondamentale.

Le juge a pris soin de souligner que la jurisprudence pénale relative au retard déraisonnable ne pouvait s'appliquer dans toutes les affaires reliées aux droits de la personne. À certains égards, le cas de *M. Blencoe* était exceptionnel. Il s'agit d'une personnalité publique dont la carrière politique a été détruite et qui a souffert de dépression par suite de la perte de sa réputation, de son emploi et de ses économies. Le juge a noté que le retard de trente mois était nettement excessif, compte tenu de la gravité de l'accusation et de la simplicité des faits, de sorte qu'aucun critère ne permettrait de le trouver raisonnable. Il faudrait cependant un critère plus perfectionné pour établir le caractère déraisonnable du retard dans un cas limite. La poursuite de l'instance aurait privé encore davantage *M. Blencoe* de ses droits en vertu de la *Charte*. La procédure engagée contre lui a donc été suspendue.

Il est peu probable que les différences commissions des droits de la personne au Canada, qui sont aux prises avec un arriéré de plaintes, abandonnent purement et simplement les affaires qui remontent à plus de trente mois. Les mis en cause auront toutefois la possibilité, à titre individuel, d'invoquer la violation de leurs droits en vertu de l'article 7 de la *Charte* si leur enquête est retardée. L'application de l'article 7 dans un contexte de droit civil, comme celui des droits de la personne, demeure incertaine. La Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique se propose d'interjeter appel de la décision devant la Cour suprême. La Commission canadienne des droits de la personne a demandé à être

déclencher la protection du droit à la sécurité de sa personne en vertu de l'article 7.

Le juge en chef McEeachern a fait observer que l'application de l'article 7 de la *Charte* dans un contexte non criminel comportait des difficultés considérables parce que la Cour suprême ne s'était pas encore prononcée sur la question. Il a reconnu que les points de vue à cet égard étaient divergents. Pour lui, cependant, si les plaignants dans les causes d'agression sexuelle au criminel peuvent invoquer la protection de l'article 7, alors les mis en cause dans les auditions de plaintes de harcèlement sexuel [*Traduction*] « qui subissent une intrusion prolongée dans les détails intimes de leur vie sur la base d'accusations qui n'ont pas encore été prouvées, doivent également pouvoir bénéficier de la même protection. Bien que la stigmatisation et le préjudice général auxquels ils sont exposés ne soient pas les mêmes, ils sont analogues. »

Après avoir passé la jurisprudence en revue, le juge en chef McEeachern a estimé qu'il n'y avait pas de précédents clairs. Il a décidé de s'en remettre à ce qu'il a appelé la nouvelle orientation de la Cour suprême du Canada, selon laquelle l'article 7 s'applique, sous la rubrique de la liberté et de la sécurité de la personne, pour protéger tant la vie privée que la dignité des citoyens contre [*Traduction*] « la stigmatisation découlant d'une humiliation et d'une dégradation prolongées et indues comme celles subies par *M. Blencoe* ». Il a déclaré que la procédure judiciaire avait des limites : la dignité humaine, même dans le cas d'un délinquant, ne saurait être compromise pendant une période indéfiniment longue. Ayant estimé que l'article 7 s'appliquait en l'espèce, le juge a conclu que le retard indu qui s'était produit et le préjudice subi par *M. Blencoe*

confère la *Charte*, et a suspendu l'instance engagée contre lui.

Écrivant au nom de la majorité, le juge en chef McEACHERN a conclu qu'un délai de trente mois était excessif. [*Traduction*] « À mon avis, a-t-il écrit, un délai de plus de trente mois entre la date des plaintes et l'audition sur le fond est beaucoup trop long. Si M. Blencoe avait été poursuivi au criminel pour ce genre d'agression sexuelle, l'accusation aurait fort probablement été retirée pour cause de retard indu. » Compte tenu de la simplicité des faits et de la gravité des allégations, le manque de ressources de la Commission ne pouvait excuser le retard. Selon le juge en chef, [*Traduction*] « les allégations de ce genre, qui sont susceptibles de détruire tant la réputation que la vie sociale et économique d'un intimé, doivent faire l'objet d'une prompt attention. Si ce n'est pas le cas, le fardeau du retard indu ne peut être imposé exclusivement à l'intimé et la suspension de l'instance représente, dans bien des cas, la seule réponse judiciaire appropriée. »

Le juge en chef McEACHERN a noté que M. Blencoe avait perdu carrière, fortune, réputation et paix de l'esprit depuis que les allégations de harcèlement avaient été rendues publiques. La Commission a soutenu que le préjudice subi par M. Blencoe était dû non pas à la procédure relative aux droits de la personne, mais plutôt aux mesures prises par le premier ministre de la province, qui l'avait démis de ses fonctions, et à l'intérêt que l'affaire avait suscité dans les médias. Le juge a toutefois déclaré que, dans le cas de M. Blencoe, le retard excessif avait aggravé la situation. Se fondant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, il en a conclu que l'aggravation d'une situation pouvait

affirmer qu'elles avaient fait l'objet de harcèlement sexuel en violation de la loi intitulée *Human Rights Act*. L'une des plaignantes était employée au cabinet de M. Blencoe, et l'autre l'avait rencontré alors qu'il agissait à titre de ministre des Sports. Toutes deux alléguaient qu'il avait essayé de les toucher et de les embrasser sans qu'elles l'encourageant ou qu'elles y consentent.

Le processus d'examen des plaintes a commencé au printemps 1995. Une question préliminaire relative au respect des délais prescrits a été réglée en avril 1996, après que l'avocat de M. Blencoe eut contesté la tenue de l'enquête, alléguant que les plaintes n'avaient pas été déposées à temps. Un enquêteur a été nommé en septembre, et le rapport d'enquête définitif a été terminé en mai 1997. L'une des plaintes a été renvoyée à un tribunal, qui devait en entreprendre l'examen en mars 1998. En tout, il y aurait eu un délai de trente mois entre le dépôt de la plainte et son audition par un tribunal.

En novembre 1997, M. Blencoe a demandé une ordonnance interdisant l'audition de la plainte présentée contre lui sur la base d'un retard indu. La Cour devait se prononcer sur la question de savoir si l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* protégeait les intimes contre un retard déraisonnable dans les affaires reliées aux droits de la personne. Cet article interdit de porter atteinte au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, si ce n'est conformément aux principes de justice fondamentale. Il n'est ordinairement invoqué que dans des poursuites criminelles. Cela dit, la majorité des juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que, dans l'affaire en question, M. Blencoe avait été privé des droits que lui

donc avoir un droit égal aux prestations. On ne peut en aucune façon considérer que l'orientation sexuelle des partenaires survivants est davantage rattachée à leur droit à une protection financière payée par leur partenaire que leur race, leur couleur ou leur origine ethnique.

Le juge Abella a rejeté l'affirmation du gouvernement selon laquelle il aurait le droit de procéder par étapes dans les dossiers touchant l'égalité. Même si les gouvernements élus peuvent attendre que les attitudes changent pour garder la confiance de la population et préserver leur crédibilité, les tribunaux doivent être libres de rendre des jugements impartiaux indépendamment de ces mêmes attitudes. Le juge Abella a ajouté que l'exclusion des survivants du même sexe ne se justifiait pas non plus pour des raisons de coût. Le coût n'est pas un motif admissible de négation des droits constitutionnels à l'égalité. De plus, la preuve produite indiquait que le fait d'étendre les prestations aux couples homosexuels pourrait même accroître les recettes de l'État.

Enfin, le juge Abella a déclaré que la définition de conjoint qui figurait dans la *Loi* ne constituait pas un empiètement mineur sur les droits à l'égalité des homosexuels : par suite de la négation totale des prestations, on peut difficilement prétendre que l'exclusion des couples homosexuels de l'accès aux prestations au survivant est proportionnelle à l'objectif de la disposition, qui était d'aider les femmes engagées dans des relations conjugales traditionnelles.

En conclusion, le juge Abella a statué que le gouvernement n'avait pas réussi à prouver que l'inégalité résultant de la définition de « conjoint » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*

constituait une restriction raisonnable ou dont la justification pouvait se démontrer. La Cour a donc déclaré la définition inconstitutionnelle et ordonné que les mots « et du même sexe » soient tenus pour inclus dans la définition de « conjoint » figurant dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Bien que ce jugement n'oblige pas les employeurs à accorder des prestations de survivant aux conjoints du même sexe de leurs employés, la décision de ne pas le faire peut maintenant être contestée comme mesure discriminatoire. À titre de partie intervenante dans l'affaire en question, la Commission canadienne des droits de la personne peut maintenant donner suite en toute confiance à un certain nombre de plaintes, concernant des employés fédéraux dont les conjoints avaient été privés de prestations de pension, qu'elle avait laissées en suspens en attendant qu'une décision soit rendue en l'espèce. Elle n'est cependant pas habilitée à enquêter sur des droits de pension établis en vertu de lois mises en vigueur avant 1978 [voir *Canada (Procureur général) c. Magee*].

Des dispositions de la *Charte* ont servi à l'occasion à contrecarrer les droits à l'égalité de certains plaignants. L'affaire *Blencoe c. British Columbia (Human Rights Commission)* en est un exemple. En 1995, Robin Blencoe, alors ministre dans le gouvernement de la Colombie-Britannique, a été accusé de harcèlement sexuel par une adjointe de son cabinet. Par la suite, M. Blencoe a été écarté d'abord du Cabinet provincial, puis du caucus du Nouveau Parti démocratique. Plus tard au cours de la même année, deux autres femmes ont déposé à la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique des plaintes contre M. Blencoe et la Couronne provinciale.

Toutes les parties ont convenu que la définition de « conjoint » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* était contraire aux dispositions d'égalité de la *Charte*. Par conséquent, la Cour n'avait à se prononcer que sur une seule question : la violation des droits à l'égalité constitue-t-elle une restriction « raisonnable et dont la justification peut se démontrer » en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Écrivant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, M^{re} le juge Rosalie Abella a estimé que la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Vriend* avait clarifié l'analyse à laquelle il fallait procéder en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'examen doit être centré non pas sur l'objectif de la mesure législative elle-même mais sur la restriction qui empêche sur le droit à l'égalité. Cette distinction revêt une importance cruciale, car si l'on s'attache plutôt à l'objectif de la mesure législative, on allège

considérablement la charge qui incombe au gouvernement pour justifier la restriction. Dans la deuxième partie du critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, le gouvernement est tenu de démontrer que les moyens choisis pour atteindre l'objectif législatif sont raisonnables et proportionnels à la restriction. [Traduction]

« Il est plus facile de justifier les moyens utilisés lorsqu'on les considère par rapport à un objectif large et généralement souhaitable de politique sociale, a écrit le juge Abella. Il est plus facile ainsi de justifier des restrictions de l'égalité, si elles sont subordonnées à un intérêt social plus général et pressant. » L'objet de la loi n'est pas pour autant jugé sans conséquence, a souligné le juge Abella, mais il constitue davantage le contexte que le centre

Comme première partie de ce critère, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si l'exclusion du régime de pension des partenaires homosexuels cohabitant avec des employés membres du régime répondait à un objectif « urgent et réel ». Comme le fait de vieillir et de prendre sa retraite ne se limite pas aux hétérosexuels, le juge Abella a estimé qu'on ne pouvait qualifier d'« urgent et réel » l'objectif que poursuivait le gouvernement en assurant aux seuls couples hétérosexuels une protection du revenu dans leurs vieux jours. Les prestations au survivant avaient peut-être pour objet à l'origine de protéger les droits économiques des femmes engagées dans des relations traditionnelles, mais l'exclusion des homosexuels ne s'en trouve pas pour autant justifiée. Le juge Abella a fait remarquer que les conjoints de sexe masculin ou féminin reçoivent maintenant ces prestations

Quant à la question de savoir si les moyens utilisés pour satisfaire à l'objectif étaient raisonnables, ce qui constitue la deuxième partie du critère, le juge Abella a déclaré qu'il était difficile de comprendre le lien logique entre la protection des conjoints hétérosexuels contre l'insécurité financière au moment du décès de leur partenaire et la négation de cette même protection à des gais et des lesbiennes qui cohabitent. Dans les deux cas, les survivants auront été les partenaires d'anciens employés ayant cotisé au régime et devraient

Encouragée par la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Vriend*, la Cour d'appel de

l'Ontario a éliminé un autre obstacle au droit à l'égalité en milieu de travail des gays et des lesbiennes par son jugement dans l'affaire

Rosenberg c. Canada (Attorney General). Dans le passé, les règles fédérales de l'impôt sur le revenu interdisaient aux employés

homosexuels l'accès à des prestations de pension égales. En effet, la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'autorise l'enregistrement d'un régime

de retraite privé auprès de Revenu Canada que si le régime limite les prestations au survivant à un conjoint du sexe opposé. Si un régime offre

de telles prestations à des conjoints du même sexe, il ne peut pas être enregistré, sinon il

risque d'être révoqué. Or, seuls les régimes enregistrés bénéficient des avantages fiscaux appréciables. C'est pourquoi beaucoup

d'employeurs refusent de couvrir les conjoints du même sexe, soutenant qu'un régime n'est pas rentable sans l'avantage des importants

reports fiscaux qu'assure l'enregistrement. Dans une décision unanime, la Cour d'appel a

statué que la définition de « conjoint » dans ces dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

devait être étendue pour inclure les couples homosexuels. Cette décision faisait suite au

procès intenté par deux employées du Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP),

Nancy Rosenberg et Margaret Evans, et par le syndicat lui-même. Le SCFP avait élargi son

régime de pension en 1992 pour étendre les prestations au survivant aux conjoints du même sexe de ses employés. Lorsque Revenu

Canada a refusé d'accepter l'extension du régime, les appelants se sont adressés aux tribunaux pour obtenir un jugement

qu'on leur accorde leurs droits à l'égalité. « À mon avis, a soutenu le juge Iacobucci, on ne peut demander à des groupes qui sont depuis longtemps victimes de discriminations d'attendre patiemment que les gouvernements en viennent, étape par étape, à protéger leur dignité et leur droit à l'égalité. Si on tolère que les atteintes aux droits et aux libertés de ces groupes se poursuivent pendant que les gouvernements négligent de prendre des mesures diligentes pour réaliser l'égalité, les garanties inscrites dans la *Charte* ne seront guère plus que des vœux pieux. »

Comme nous l'avons noté plus haut, la Cour a décidé de donner à la loi albertaine de protection des droits de la personne, maintenant appelée *Alberta Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, une « interprétation large » incluant l'orientation sexuelle, plutôt que de la déclarer inconstitutionnelle. Le juge John Major a été le seul à exprimer sa dissidence sur ce point. Tout en convenant que l'exclusion de l'orientation sexuelle était contraire à la *Charte*, il s'est opposé à ce que la Cour impose sa version de l'IRPA. À son avis, le gouvernement de l'Alberta pourrait préférer ne pas du tout avoir une loi protégeant les droits de la personne plutôt que d'être obligé d'y inclure une disposition qu'il ne souhaitait clairement pas y voir. L'omission de l'orientation sexuelle était un choix délibéré et non pas le résultat d'un oubli de l'Assemblée législative de l'Alberta. Dans ces circonstances, a estimé le juge Major, la réparation appropriée consistait à annuler l'*Individual's Rights Protection Act* tout en suspendant la déclaration d'invalidité pendant un an pour permettre à l'Assemblée législative de l'Alberta d'y réagir.

Dans un contexte social plus large, le juge Cory a évoqué le danger qu'il y a à distinguer un groupe particulier comme étant moins digne de protection que d'autres. « Le fait même que l'orientation sexuelle ne soit pas un motif de distinction illégitime aux termes de l'*IRPA*, laquelle constitue le principal énoncé de politique du gouvernement contre la discrimination, laisse certainement entendre que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas aussi grave ou condamnable que les autres formes de discrimination. On pourrait même soutenir que cela équivaut à tolérer ou même à encourager la discrimination contre les homosexuels. En conséquence, cette exclusion a manifestement un effet qui constitue de la discrimination. »

Ayant jugé que l'*IRPA* était contraire aux dispositions de l'article 15 de la *Charte*, la Cour s'est demandée si l'omission de la protection des droits de la personne constituait une limite raisonnable imposée aux droits à l'égalité des gays et des lesbiennes au sens de l'article premier. Le juge Iacobucci a soutenu qu'en l'absence d'un argument probant émanant de la mesure législative elle-même, les gouvernements doivent établir l'existence d'objectifs législatifs « urgents et réels » pour justifier la dérogation à la *Charte*. Le procureur général de l'Alberta n'a pas réussi à franchir la première étape de l'analyse, n'ayant pas établi que l'omission avait un objectif « urgent et réel » ou que l'exclusion de l'orientation sexuelle en tant que motif de distinction illégitime avait un fondement dans l'*IRPA*, dont l'objectif était d'assurer l'égalité de tous les citoyens. Même si un tel fondement existait, l'omission de l'orientation sexuelle, loin d'être rationnellement liée à l'objectif de l'*IRPA*, en est l'antithèse. Pour le juge Iacobucci, il serait absurde d'affirmer qu'on peut atteindre l'objectif de protection contre la discrimination

en excluant un groupe victime d'un désavantage historique.

Répondant aux préoccupations exprimées quant à la liberté de religion, la Cour a déclaré que l'*IRPA* contient des mécanismes permettant de pondérer les intérêts rivaux des institutions religieuses et des homosexuels. L'*IRPA* prévoit des moyens généraux de défense lorsque la discrimination est « raisonnable et justifiable dans les circonstances » ou lorsqu'elle se rattache à une exigence professionnelle justifiée. Par conséquent, l'Assemblée législative de l'Alberta ne peut prétendre qu'elle a omis l'orientation sexuelle pour éviter un conflit avec les droits d'autres groupes protégés.

La Cour a également répondu à la condamnation par la Cour d'appel de l'Alberta de l'intervention des tribunaux dans le processus législatif. Les critiques soutenaient depuis longtemps que les tribunaux n'avaient pas à s'immiscer dans les fonctions démocratiques des assemblées législatives, mais la Cour a énergiquement défendu son droit constitutionnel de remédier aux mesures gouvernementales injustes. Le juge Iacobucci a souligné que c'est le pays qui a explicitement chargé les juges de se prononcer sur la validité des lois. Pour lui, les tribunaux et le législateur engagent un « dialogue » lorsqu'ils cherchent à améliorer les lois, ce qui « loin de nuire au processus démocratique, [l'enrichit] ». Il convient de mentionner tout particulièrement le rejet par la Cour suprême du point de vue selon lequel les tribunaux doivent laisser l'initiative au législateur, sous prétexte que les droits de la personne constituent un domaine en pleine évolution où il faut procéder par étapes. La Cour a jugé inacceptable que des personnes lésées soient obligées d'attendre

l'orientation sexuelle. Un juge de première instance s'est prononcé en sa faveur, concluant que l'omission de l'orientation sexuelle dans l'IRPA constituait une violation des droits à l'égalité prévus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé ce jugement.

La Cour suprême du Canada a déclaré, pour sa part, que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissait la protection des gays et des lesbiennes contre la discrimination. La décision majoritaire a été conjointement rédigée par MM. les juges Peter Cory et Frank Iacobucci, le premier s'étant occupé des questions relatives à l'application de la *Charte*, à la qualité pour agir et à la violation des dispositions d'égalité de l'article 15, tandis que le second présentait une analyse de l'application de l'article premier, un énoncé de la réparation appropriée et la décision proprement dite.

Le juge Cory a rejeté l'argument de la province selon lequel le silence de l'IRPA en matière d'orientation sexuelle était « neutre » et échappait donc à une analyse fondée sur l'article 15. Il n'est pas nécessaire de conclure que les désavantages subis par un groupe dans la société découlent directement de la loi pour déclarer que celle-ci établit une distinction susceptible d'être discriminatoire, a-t-il souligné. Le « silence » de l'IRPA n'est pas « neutre », car il permettait que les gays et les lesbiennes fassent l'objet d'un traitement différent par rapport à d'autres groupes défavorisés et aux hétérosexuels. Les autres groupes sont protégés de la discrimination fondée sur des motifs susceptibles de les concerner. Toutefois, l'IRPA omet de protéger les homosexuels contre la forme de discrimination à laquelle ils sont le plus exposés, c'est-à-dire la discrimination fondée

sur leur orientation sexuelle. Le juge a estimé que si les omissions du législateur échappaient à une analyse en vertu de l'article 15, les législatures pourraient facilement contourner les dispositions de la *Charte*. Il a conclu qu'une telle interprétation serait illogique, injuste et contraire à des décisions précédentes de la Cour suprême établissant que des dispositions législatives d'une portée trop limitative pouvaient donner lieu à de la discrimination.

La province avait également déclaré que M. Vriend n'avait pas qualité pour contester les dispositions de l'IRPA relatives à la discrimination en matière d'accès au logement ou à des biens et des services. La Cour suprême a rejeté cet argument, jugeant que M. Vriend avait qualité pour contester des dispositions autres que les articles de l'IRPA portant sur l'emploi. Comme les dispositions sont semblables et ne dépendent pas d'un contexte factuel particulier, il n'est pas nécessaire de produire des éléments de preuve supplémentaires pour chaque disposition. M. Vriend avait un intérêt direct à l'égard de l'exclusion de l'orientation sexuelle de toutes les formes de discrimination, a estimé la Cour. Exiger que chaque disposition fasse l'objet d'un jugement distinct constituerait un gaspillage des ressources judiciaires, imposerait des délais et des frais, et exposerait d'éventuels plaignants à la vulnérabilité personnelle face à la discrimination.

L'omission de l'orientation sexuelle dans l'IRPA, à titre de motif de distinction illicite, nie aux homosexuels le bénéfice et la protection de la loi de deux manières : d'une part, ils n'ont pas accès aux recours permettant d'obtenir réparation en application de l'IRPA et, de l'autre, ils sont exclus de l'énoncé de politique du gouvernement contre la discrimination.

Une campagne de sept ans visant à inclure l'orientation sexuelle dans la liste des motifs de distinction illicite prévus par la loi albertaine de protection des droits de la personne a abouti en 1998 lorsque la Cour suprême du Canada a rendu un verdict unanime dans l'affaire *Vriend c. Alberta*. La Cour a statué que l'omission de l'orientation sexuelle dans l'*Individual's Rights Protection Act* (l'*IRPA*) constituait une violation injustifiée des droits à l'égalité prévus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'était en outre la première fois que la Cour inscrivait dans une loi, par le recours à une interprétation large, de nouveaux droits que les représentants politiques élus avaient expressément refusé d'accorder.

Delwin Vriend travaillait comme coordonnateur de laboratoire pour un collège chrétien de l'Alberta. Pendant toute la durée de son emploi, son rendement a été évalué favorablement, lui valant des augmentations de salaire et de l'avancement. En 1990, en réponse à une demande formulée par le président de l'établissement, M. Vriend a révélé qu'il était homosexuel. En 1991, le conseil des gouverneurs du collège a adopté un énoncé de principe selon lequel l'homosexualité était « contraire à la déclaration de foi du collège et incompatible avec sa mission ». Peu après, le président de l'établissement a demandé à M. Vriend de démissionner. Ce dernier ayant refusé, il a été congédié. Le seul motif donné pour justifier le congédiement était le non-respect de la politique du collège en matière d'homosexualité. Lorsque M. Vriend a tenté de déposer une plainte à la Commission des droits de la personne de l'Alberta, il a été éconduit parce que la loi régissant cette commission n'interdisait pas la discrimination fondée sur

À l'échelon national, l'événement peut-être le plus important a été l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vriend c. Alberta*. Bien que cette décision soit centrée essentiellement sur l'orientation sexuelle, elle annonce en fait à toutes les minorités vulnérables qu'en dernier recours les tribunaux protégeront leurs droits, si les assemblées législatives et les gouvernements omettent de le faire.

L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Vriend* montre que les propos de Frank Scott, cités ci-dessus, demeurent encore vrais aujourd'hui : à moins que les droits de chacun ne soient protégés, personne n'est assuré de la protection de ses droits. On pourrait croire que ce ne sont là que des lieux communs, particulièrement faciles à exprimer à l'occasion du 50^e anniversaire de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et du 20^e anniversaire de la Commission canadienne des droits de la personne. Cependant, pour que la législation des droits de la personne ait un sens ou quelque importance, il faut que ces sentiments guident nos décideurs lorsqu'une minorité demande à être protégée contre une violation réelle de ses droits. Voilà la véritable signification de la décision *Vriend* pour chacun d'entre nous, sans exception : nous vivons dans une société où l'expression « droits de la personne » représente, non pas un vœu pieux, mais une protection concrète que nous pourrions tous invoquer si nous en avons vraiment besoin.

Introduction

Les droits d'un citoyen ne sauraient l'emporter sur ceux du groupe le moins protégé.

Frank R. Scott
Professeur de droit constitutionnel
Université McGill, 1946

Pour évaluer la législation des droits de la personne, la norme à appliquer est simple : ces lois offrent-elles une protection réaliste et efficace aux particuliers et groupes de la société qui sont les plus vulnérables et les moins en mesure de se protéger? De ce point de vue, nous pouvons dire que 1998 a été témoin d'importants progrès dans le domaine des droits à l'égalité au Canada.

Sur la scène fédérale, le changement le plus important a été l'adoption de modifications attendues depuis longtemps à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les nouvelles dispositions mentionnent explicitement l'obligation de répondre aux besoins spéciaux, créent un nouveau tribunal canadien des droits de la personne, qui est permanent, indépendant et de taille réduite, et relèvent le plafond des dommages-intérêts pouvant être accordés pour préjudice moral.

La création de ce nouveau tribunal met aussi fin à l'incertitude qui planait sur le processus

d'audition des plaintes depuis que la Cour fédérale avait statué qu'un manque d'indépendance et d'impartialité entachait ce processus. La décision de la Cour avait mis en doute le bien-fondé de nombreuses instances engagées depuis un certain temps déjà et aurait pu en retarder plusieurs nouvelles. Cependant, à la fin de l'année, ces incertitudes s'étaient en bonne partie dissipées.

L'année a également permis, après de longs et difficiles combats, de préciser d'importants principes de protection juridique. La décision du tribunal des droits de la personne dans l'affaire de parité salariale de la fonction publique fédérale a établi les assises de l'application efficace de ce principe dans les milieux de travail fédéraux. Par suite de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Banque Toronto-Dominion*, il est maintenant clair que le dépistage de drogues est contraire à la loi fédérale, surtout si les tests sont effectués au hasard et visent un groupe d'employés précis. Par ailleurs, la décision rendue dans l'affaire *Green* clarifie l'obligation de prendre des mesures d'adaptation pour répondre aux besoins des employés ayant des difficultés d'apprentissage. Toutes ces décisions aident à combler des lacunes dans la législation fédérale des droits de la personne et étendent la jurisprudence dans ce domaine à de nouveaux secteurs clés.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Aspects de l'égalité	2
Règlement des plaintes	10
Race, couleur, origine nationale ou ethnique	10
Âge	13
Sexe	14
Parité salariale	17
Etat matrimonial et situation de famille	25
Déficience	27
Orientation sexuelle	33
Médicaments	34
Questions de compétence et de procédure	36
Table des décisions	41

Commission canadienne des droits de la personne

344, rue Slater, 8^e étage

Ottawa (Ontario) K1A 1E1

Téléphone : (613) 995-1151

Numéro sans frais : 1-888-214-1090

ATS : 1-888-643-3304

Télécopieur : (613) 996-9661

Courriel : info.com@chrc-ccdp.ca

Le Rapport juridique 1998 est une publication qui accompagne le Rapport annuel de la Commission canadienne des droits de la personne. Le lecteur y trouvera de l'information sur d'importantes décisions rendues par des cours et des tribunaux canadiens au cours de l'année 1998.

Ce rapport est également publié sur bande sonore, en gros caractères, en braille et sur disquette pour qu'il soit accessible aux personnes ayant une déficience visuelle. On peut aussi le consulter sur le site Web de la Commission.

<http://www.chrc-ccdp.ca>

Rapport juridique 1998

COMMISSION
CANADIENNE
DES DROITS
DE LA PERSONNE

